Sammlung
der
Entscheidungen
des
Oberappellationsgerichts zu Lübeck
in
Frankfurter Rechtssachen
mit Berücksichtigung
der Erkenntnisse der früheren Instanzen.

Herausgegeben
von
Dr. Joh. Jac. Römer
Adv. ord.

Fünfter Band. Erstes Heft.
(p. 1 — 80.)

Frankfurt a. M. 1863.
F. Boselli'sche Buchhandlung.
(W. Rommel.)
Gr. Eschenheimerstr. No. 4.

Die vier ersten Bände enthalten die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Civilsachen, einschließlich der Civiladhäsionen, aus den Jahr. 1845–1858. Der fünfte Band bringt die Erkenntnisse von 1859 an, während der sechste und die folgende Bände die seit Eröffnung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck im Jahre 1820 erlassenen Urtheile mittheilt. Das vorliegende erste Heft des fünften Bandes enthält die Prajudicate vom Januar bis Juni 1859. —

Alle 3 bis 4 Monate erscheint ein Heft von 10 Druckbogen.

Inhaltsverzeichniß.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1859.

I.

Philipp Ettling's Erben zu Bockenheim, Kläger
contra
F. Fritz Wittwe, geb. Lenz, Beklagte.

Die Philipp Ettling'schen Erben klagten gegen die Wittwe Fritz eine Restforderung für Schreinerarbeiten ein, die auf Bestellung des Ehemanns der Beklagten verfertigt und resp. geliefert worden seien. Die Arbeiten bestanden im Allgemeinen in Anfertigung resp. Wiederherstellung von Pertinenzstücken (als Thüren, Fenstern, Lamperien, Treppen und dergl.) zu Gebäuden, die auf einem der Beklagten eigenthümlich zugehörigen und auf ihren Namen gewährten und transscribirten Grundstücke stehen und zum Betriebe der Wirthschaft, auf welche die Beklagte concessionirt gewesen, benutzt worden sind. Die Lieferung der Arbeiten fällt in diejenige Zeit, wo die Beklagte unter Assistenz ihres Ehemannes die Gastwirthschaft in der oben erwähnten Localität betrieben hat. Den Preisansätzen liegt theils eine zwischen dem klägerischen Erblasser und dem Ehemanne der Beklagten getroffene Uebereinkunft zu Grunde, theils wird die Angemessenheit und Ueblichkeit der Preise behauptet.

Die beklagte Ehefrau behauptete, daß überhaupt der Ehemann, welcher die Lasten der Ehe zu tragen habe, wegen der von ihm contrahirten Schulden allein zu belangen sei und gegen die Ehefrau keine actio de in rem verso statthabe, — daß Kläger aber auch die Forderung gegen ihren Ehemann eingeklagt habe.

Die beklagte Ehefrau wurde unter Verurtheilung zum Kosten-Ersatze zur Zahlung des eingeklagten Betrages condemnirt vom
Stadtgerichte am 7. August 1857;
Appellationsgerichte am 5. October 1857;
Ober-Appellationsgerichte am 15. Januar 1859.

1. Actio de in rem verso utilis, wenn Jemand als Geschäftsführer eines Dritten oder doch für dessen Rechnung in eigenem Namen contrahirte und das von Letzterem auf Grund dieses Contracts Geleistete in das Vermögen jenes Dritten gekommen ist.

(Obige in der Geschichtserzählung) zusammengestellten Thatsachen rechtfertigen die Annahme, daß Beklagte auf Grund vorliegender versio in rem zur Zahlung des eingeklagten Forderungsrestes schuldig sei. Das Ober-Appellationsgericht hat außer in der von den vorigen Richtern angeführten*), auch noch in einer späteren nach Frankfurt ergangenen Entscheidung
Almsen c. Kaiser'sche Debitmasse (Bd. I. p. 310 & 311)
sich für die Ansicht ausgesprochen und muß daran festhalten, daß eine actio de in rem verso utilis dann stattfindet, wenn Jemand als Geschäftsführer eines Dritten mit einem Anderen contrahirt hat und das von Letzterem auf Grund dieses Contractes Geleistete in das Vermögen jenes Dritten gekommen ist. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

1. Nach dem — festgestellten Charakter der fraglichen Arbeiten ist es klar, daß Fritz, indem er dieselben ausführen ließ, materiell ein Geschäft seiner Ehefrau, der Beklagten, besorgt hat. Ob er dem klägerischen Erblasser, als er mit demselben contrahirte, zu erkennen gab, daß die Beklagte die eigentliche domina negotii sei, ist für die Frage, wessen das Geschäft war, welches er besorgte, ganz irrelevant. Ebensowenig aber genügt die Verschweigung jenes Umstandes zur Rechtfertigung des von der Beklagten gezogenen Schlusses, daß ihr Ehemann die fragliche Angelegenheit doch jedenfalls nicht als die ihrige, sondern als seine eigene habe behan-

*) Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck von 1821 in Seuffert Archiv IV. n°. 221.

deln wollen. Der Regel nach muß bei demjenigen, der ein fremdes Geschäft mit dem Bewußtsein, daß es ein solches ist, und ohne den animus donandi, für den im gegenwärtigen Falle Nichts vorliegt, besorgt, auch der Wille angenommen werden, es als ein fremdes (contemplatione domini) zu besorgen. Daß er dritten Personen, mit denen er zu thun hat, seine Eigenschaft als negotiorum gestor nicht zu erkennen gibt, kann viele andere Gründe haben und erklärt sich jedenfalls vorliegend hinlänglich durch das eheherrliche Verhältniß, in welchem Fritz zur domina negotii stand. An jenem Bewußtsein aber, daß es sich um Geschäfte der Beklagten handle, ist bei deren Ehemanne unter den obwaltenden Verhältnissen nicht zu zweifeln. Wenn der klägerische Anwalt einmal geäußert hat, Fritz habe sich unrechtmäßiger Weise als Eigenthümer des Hauses angesehen, so kann dies im Beihalt der kurz vorausgegangenen Behauptung, „Fritz habe sich unrechtmäßiger und hinterlistiger Weise für den Eigenthümer ausgegeben," nur dahin verstanden werden, daß Fritz, nach Außen hin, ganz wie der Eigenthümer aufgetreten sei.

2. Nach den übereinstimmenden Erklärungen der Partheien steht allerdings fest, daß Fritz weder ausdrücklich für die Beklagte contrahirt hat, noch auch stillschweigend in der Art, daß sein Mitcontrahent gemeint hat und meinen konnte, Fritz wolle Namens und für seine Ehefrau mit ihm contrahiren. Vielmehr hat der klägerische Erblasser den Vertrag mit Fritz selbst abgeschlossen und nur mit ihm abschließen wollen, in der irrthümlichen Voraussetzung und Meinung allerdings, daß dieser der Eigenthümer der fraglichen Localitäten sei. Es muß jedoch bei der gegenwärtig allein in Rede stehenden actio de in rem verso der Punct, ob der negotiorum gestor seinen Mitcontrahenten von dieser seiner Eigenschaft in Kenntniß setzte oder der Letztere doch bei Abschließung des Vertrages Wissenschaft davon hatte, daß es sich um das Geschäft eines Dritten handle, nach der hier maßgebenden

L. 7 §. 1. C. quod. cum eo (4,26)

für gleichgültig erachtet werden. Denn, will man auch, auf Grund der Worte: „et ejus personam elegisti" voraussetzen, daß in dem der getroffenen Endscheidung unterliegenden concreten Falle der

Contrahirende gewußt habe, nicht sein Mitcontrahent, sondern ein Dritter sei der eigentliche dominus negotii, so liegt doch jedenfalls in dieser seiner Wissenschaft nicht der entscheidende Grund für die ihm gewährte Möglichkeit, sich an jenen dritten Bereicherten halten zu können. Vielmehr wird man umgekehrt folgern müssen: wenn die actio de in rem verso sogar in dem Falle gegen den dominus negotii gegeben ist, daß der dritte Contrahent denselben kennt, jedoch ihn sich nicht obligiren will, vielmehr mit seinem animus obligandi ganz und gar an den contrahirenden negotiorum gestor sich hält, so muß sie um so mehr dann Platz greifen, wenn er, ohne von der negotiorum gestio Kenntniß zu haben, mit dem gestor nur deßhalb contrahirt, weil er diesen für den dominus negotii ansieht.

arg. L. 5 §. 1. L. 6, 8 D. de neg. gest. (3, 5)

3. Beklagte hat zwar die Nothwendigkeit der fraglichen Arbeiten bestritten. Es kommt aber darauf in concreto nicht an, indem auch bei nicht nothwendigen Anschaffungen und Leistungen der dominus mit der actio de in rem verso jedenfalls insoweit auf Ersatz in Anspruch genommen werden kann, als er durch den wahren Werth derselben bereichert worden ist.

L. 5 pr. D. de in rem verso (15, 3)

cf. L. 6 §. 3 u. 6 in f. D. de neg. gest. (3, 5)

Daß vorliegend überhaupt eine Bereicherung der Beklagten stattgefunden hat, liegt auf der Hand und wird von ihr selbst zugestanden, indem sie es „in facto bestehen" läßt, „daß die Arbeiten ihr zu Statten gekommen seien, zu ihrem Vortheil, zu ihrem Nutzen gereicht hätten."

Es fragt sich nur, wie hoch diese Bereicherung anzuschlagen, und diese Frage kann hier — wo es sich um bleibende, die fraglichen Gebäude ihrer Bestimmung gemäß verbessernde, bauliche Einrichtungen handelt und Nichts vorliegt, was zu einer beschränkteren Auffassung Anlaß geben könnte, — nur dahin beantwortet werden, daß die beklagte Eigenthümerin jener Gebäude um eben den Geldbetrag bereichert worden ist, der aufgewendet werden mußte, um dergleichen Arbeiten herzustellen. Daraus folgt denn — — —

a. soweit für die gelieferten Arbeiten die angemessenen und

üblichen Preise gefordert werden — — fällt die Bereicherung der Beklagten von selbst mit den klägerischen Preisansätzen zusammen.

b. Bei den Preisen, die unmittelbar oder mittelbar auf Accord beruhen — — ist allerdings nicht ohne Weiteres das, was der Ehemann der Beklagten versprochen, sondern es ist nur der wahre Werth der Arbeiten für die Bereicherung der Beklagten maßgebend. Indessen darf man, daß Fritz bei Besorgung der Geschäfte seiner Frau, bei denen er zugleich ein mittelbares eigenes Interesse hatte, diligenter verfahren und die Preise dem wirklichen Werthe der bestellten Arbeiten entsprechend accordirt habe, vorliegend um so mehr unterstellen, als die Beklagte den Preisansätzen einen irgend beachtenswerthen Widerspruch nicht entgegengesetzt hat.

c. Ist dem Vorstehenden zufolge die Klage an sich für begründet und erwiesen zu erachten, so fragt es sich nur noch, ob dieselbe durch Einreden elidirt sei. Als Einrede könnte aber höchstens die Ansicht der Beklagten in Betracht kommen, daß Kläger in Folge des mit Friedrich Fritz des jetzt eingeklagten Objects wegen geführten Processes sein Klagerecht gegen die dermalige Beklagte verloren habe. Zur Beseitigung dieser Ansicht genügt indessen schon der von den vorigen Richtern angeführte*) Grund, daß dem klägerischen Erblasser in der That ein doppeltes Klagrecht — sowohl gegen die Beklagte, als gegen deren Ehemann — zugestanden hat.

II.

Maria Marg. Victorine Stubbe, geb. Peill
contra
ihren Ehemann C. A. W. Stubbe.

C. A. W. Stubbe aus Passewalk im Königreich Preußen wurde 1853 als Secretär bei der Cassen-Abtheilung der

*) Das Appellationsgericht erkannte, daß
L. 14 C. de neg. gest. (2, 19).
L. 3 §. 11 D. eod. (3, 5)
nicht entgegenständen unter Berufung auf Seuffert Arch. Bd. 8. n°. 258.

deutschen Bundesversammlung angestellt und heirathete in demselben Jahre eine Frankfurter Bürgerstochter. Im Jahre 1856 verließ Stubbe seinen Posten, sowie seine Ehefrau, ohne daß man erfuhr, wohin er sich begeben habe. Die zurückgebliebene Ehefrau klagte nun bei den Frankfurter Gerichten auf Ehescheidung. Die Klage wurde jedoch vom Stadtgerichte am 2. März 1857 und vom Appellationsgerichte am 1. Mai 1857 abgewiesen, während das Oberappellationsgericht am 25. Januar 1858 das Stadtgericht zur Verhandlung über die angestellte Klage für zuständig erachtete und demgemäß dem Stadtgerichte die geeignete Verfügung auf die Klage aufgab.

2. Ehescheidung. Forum domicilii. Staatsangehörigkeit nicht erforderlich. Factische Voraussetzungen in Betreff des Vorhandenseins eines domicilium. Präsumtion. Fortdauer des einmal begründeten Wohnsitzes.

In der Sache selbst stellte sich die Beschwerde der Klägerin als begründet dar. Zwar bedarf der Versuch des klägerischen Sachführers, die Competenz der Frankfurter Gerichte aus den Regeln über das forum contractus herzuleiten, bei der Natur der vorliegenden, auf Ehescheidung gerichteten Klage keiner Widerlegung, dagegen war die Competenz vermöge des für den Beklagten in Frankfurt begründeten Wohnsitzes anzuerkennen. Es kann nämlich

I. der Zweifel der beiden vorigen Gerichte, ob die Zulässigkeit einer Ehescheidungsklage im Gerichtsstande des Wohnortes nicht durch die Eigenschaft des Beklagten als eines auswärtigen (Preußischen) Staatsangehörigen ausgeschlossen werde, nicht getheilt werden. Denn, wie der Wohnort allein, ohne Rücksicht auf Heimath und Staatsangehörigkeit, die Herrschaft der Gesetze bestimmt, nach denen der Einzelne in allen Beziehungen des Personen- und Familienrechts beurtheilt wird, so ist auch der Gerichtsstand des Wohnorts anerkannter Maßen ein durchaus allgemeiner und bis auf wenige specielle Ausnahmen auf alle Arten von Klagen anwendbar. Scheidungsklagen machen gemeinrechtlich nicht nur keine Ausnahme, sondern müssen vielmehr der Natur der Sache

nach, als ausschließlich an das die Jurisdiction in Ehesachen ausübende Gericht des Wohnortes gehörig angesehen werden.

v. Savigny System Bd. 8 p. 337.

Daß in Frankfurt ein abweichender Grundsatz gelte, dafür findet sich weder in den älteren Gesetzen über Jurisdiction noch in den Schriftstellern über das Frankfurter Recht die mindeste Andeutung und auch die adjungirten Acten der Sache Jäger wider seine Ehefrau 18⁵³/₅₄ bieten keinen Beleg dafür dar. Es würde aber ohnehin die Annahme, daß außer dem Wohnorte auch noch Staatsangehörigkeit erfordert werde, mit dem practischen Bedürfniß entschieden in Widerspruch stehen, da die Staatsangehörigkeit für sich allein weder ein forum generale noch einen besonderen Gerichtsstand für Ehesachen begründet, es also für den Fall, daß Wohnort und Staatsangehörigkeit nicht zusammenfielen, an einem Gerichtsstand für Scheidungsklagen überhaupt fehlen würde.

Hiernächst ergibt sich aus den Acten,

II. daß in der Person des Beklagten die factischen Voraussetzungen vorliegen, aus denen nach allgemeinen Regeln das Vorhandensein seines Wohnsitzes in Frankfurt geschlossen werden muß. Derselbe war laut der von der Klägerin in erster und zweiter Instanz beigebrachten Documente seit 1853 Secretär bei der Cassen-Abtheilung der deutschen Bundesversammlung und aus dem unten näher zu erwähnenden Bundesbeschluß vom 6. Mai 1841 geht hervor, daß Beamte dieser Art der Regel nach bleibend auf Wohlverhalten angestellt werden. Beamte haben aber an dem ihnen durch ihr Amt angewiesenen Aufenthaltsorte ein nothwendiges Domicil. Außerdem hatte der Beklagte sich im Mai 1853 mit der Klägerin, einer Frankfurter Bürgerstochter, in Frankfurt verheirathet und damit zugleich die Gründung eines ordentlichen selbstständigen Haushaltes verbunden. Auch war laut eines in jetziger Instanz producirten Attestes der Stadt-Canzlei vom 13. Juni 1857 nicht nur der Klägerin auf ihre vor der Verheirathung gestellte Bitte die Beibehaltung ihres Frankfurter Bürgerrechts gewährt worden, sondern der Beklagte hat auch später für sich um Aufnahme in den dortigen Bürgerverband

nachgesucht und ist ihm durch Rathschluß vom 13. Juli 1854 das Bürgerrecht „auf die mit der Klägerin vollzogene Ehe" nur unter der (zur Zeit nicht erfüllten) Auflage seiner landesherrlichen Entlassung zugesichert worden.

Nach allen diesen Umständen ist es klar, daß Frankfurt für den Beklagten der Ort war, wo er fest und dauernd seine Lebensverhältnisse fixirt hatte, ubi larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituerat.

L. 203 D. de verb. sign. (50, 16)

L. 7 C. de incolis (10, 39).

Auch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn auf solche Weise einmal ein Wohnsitz begründet war, derselbe, ungeachtet des Umstandes, daß der Beklagte sich im Juni 1856 heimlich von Frankfurt entfernt hat, nicht wieder dahin zurückgekehrt sein soll und sein dermaliger Aufenthalt unbekannt ist, als factisch noch fortdauernd angesehen werden mußte, da eben wegen der Ungewißheit über den Zweck der Entfernung und über den jetzigen Aufenthalt des Beklagten, sowie bei dem Zurücklassen seiner Familie in Frankfurt von einem erweislichen Aufgeben des bisherigen Domicils und der dazu nöthigen positiven Willensstimmung nicht die Rede sein kann,

Fr. S. Ehrmann Ehefrau 1841

wie denn eine solche präsumtive Fortdauer des Wohnsitzes bei jeder von einer Ehefrau gegen ihren Ehemann wegen böslicher Verlassung angestellten Klage, im Fall der Aufenthalt des Letzteren unbekannt ist, die nothwendige Bedingung für die Gerichtszuständigkeit bildet.

3. Exterritorialität aller Bundestagsgesandten und gesandtschaftlichen Personen, sowie der Canzlei- und Cassenbeamten des Bundes. Unterschied zwischen beiden in Bezug auf Begründung des Wohnsitzes.

Nach den Ausführungen der vorigen Nummer kann es nur noch auf die Frage ankommen, ob durch die singuläre dienstliche Stellung, welche der Beklagte als Beamter bei der deutschen Bundesversammlung hatte, die Competenz der Frankfurter Gerichte ausgeschlossen werde.

Diese Frage ist allerdings eine zweifelhafte. Wenngleich nämlich die in dem Erkenntniß des Appellationsgerichts angeführte Note der Bundesversammlung vom 22. Octbr. 1816, wodurch für alle Bundestagsgesandten und gesandschaftlichen Personen nebst ihren Angehörigen die Exterritorialität und Befreiung von aller städtischen Jurisdiction festgesetzt wurde, hier nicht direct maßgebend ist, weil sie sich nicht auf die gemeinschaftlichen Canzlei- und Casse-Beamten bezieht, so sind doch durch einen Bundesbeschluß vom 6. Mai 1841 (bestätigt im §. 31 der revid. Geschäftsordn. der Bundesversammlung von 1854) „alle Vorrechte des Gesandtschaftspersonals in Beziehung auf Jurisdictions- und Exterritorialitäts-Verhältnisse" den ebengedachten Beamten während ihres Dienstes beigelegt und sind dieselben, unter Fortdauer ihres früheren Heimathsrechtes, resp. Unterthanen-Verbandes, der im Namen des Bundes auszuübenden Jurisdiction des Präsidiums unterstellt worden.

Zöpfl Grundſ. des Staatsr. 4. Aufl. (1856) Th. 1. §. 137.

Hiernach war der Beklagte während seines Dienstes der städtischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen und es könnte diese Exemtion auch nach Auflösung des Dienstes, welche dem Zeugniß der Bundescanzlei zufolge sofort mit der Entweichung des Beklagten im Juni 1856 eintrat, als fortwirkend angesehen werden. Allein diese Folgerung stellt sich bei näherer Erwägung als unbegründet dar und mußte daher die aufgeworfene Frage zu Gunsten der Klägerin entschieden werden. Es läßt sich nämlich schon

1. für die Zeit, während welcher der Beklagte im Dienst stand (1853—1856), sein Wohnen in Frankfurt keineswegs als ein bloß factisches ansehen, woneben er sein etwaiges früheres Domicil im rechtlichen Sinne beibehalten hätte; vielmehr ist sein Verhältniß dahin aufzufassen, daß die rechtlichen Folgen des an sich für Frankfurt anzunehmenden Wohnsitzes durch die bemerkte bundesgesetzliche Exemtion nach Maßgabe ihres Umfanges nur als temporär suspendirt zu gelten haben, mit der Beendigung des Dienstes aber von selbst wirksam wurden und damit also auch die Unterwerfung unter die städtische Gerichtsbarkeit eintrat. Eine

solche Annahme ist allerdings bei den Bundestagsgesandten, und den zu ihnen gehörigen Personen ausgeschlossen, welche vermöge des in der erwähnten Note vom 22. October 1816 zu Grunde gelegten völkerrechtlichen Princips fortwährend in dem Staate, der sie accreditirt hat, als domicilirt anzusehen sind und den Willen, in Frankfurt ihren Wohnsitz zu nehmen, rechtlich gar nicht haben können. Es steht dies aber in nothwendigem Zusammenhange damit, daß die Gesandten sich im ausschließlichen Dienste ihres Heimathsstaates befinden und mit Rücksicht auf Zweck und Art dieses Dienstes aus der Unterwerfung unter die Gesetze und Gerichtsbarkeit des Heimathsstaates in keiner Weise heraustreten. Anders verhält es sich in dieser Beziehung mit den gemeinschaftlichen Canzlei- und Cassenbeamten des Bundes. Sie übernehmen in Frankfurt nicht ein Amt für ihren Heimathsstaat, verlassen vielmehr dessen Dienst, wenn sie vorher darin standen, und treten über in den Dienst einer deutschen Centralbehörde, welche zu Frankfurt ihren Sitz hat. Sie werden damit zugleich einer neuen, von ihrem Heimathsstaate unabhängigen, durch das Bundespräsidium in Frankfurt ausgeübten Jurisdiction unterworfen, welche, wie es sich auch übrigens mit ihrem Grunde und Umfange verhalten möge, nach dem Bundesbeschluß vom 6. Mai 1841 jedenfalls mehr als bloße Ausübung der Disciplinargewalt in sich begreift. Ungeachtet nun in dem gedachten Bundesbeschluß der Ausdruck gebraucht ist, es sollten alle Vorrechte des Gesandschafts-Personals in Beziehung auf „Jurisdictions- und Exterritorialitäts-Verhältnisse" auch den gemeinschaftlichen Beamten während ihres Dienstes zustehen, so gibt sich doch der hervorgehobene Unterschied insbesondere darin kund, daß über die Beibehaltung der diesen Beamten bei ihrem Dienstantritt zustehenden Heimathsrechte und über deren Ausflüsse nähere Bestimmungen in dem Bundesbeschluß aufgestellt wurden, welche bei einer Exterritorialität im vollen Sinne des Wortes ganz entbehrlich gewesen wären, weßhalb angenommen werden muß, daß der bemerkte Ausdruck nur gewählt wurde, um den Beamten, unbeschadet der Domicilbestimmung, während ihres Dienstes eine gleich unbedingte Exemtion von der städtischen Obrigkeit, wie den Gesandten zu sichern. Ebenso spricht es für jenen

Unterschied, daß den Beamten (wie auch der vorliegende Fall bestätigt) kein Hinderniß entgegengesetzt wurde, Frankfurter Bürger zu werden, während für die Gesandten nach der Note vom 22. October 1816 der nexus civicus gänzlich vermieden werden soll.

Es kann dahingestellt bleiben, ob aus diesen Gründen den Bundes-Canzlei- und Cassenbeamten schon vermöge ihres Amtes ein Wohnsitz in Frankfurt zuzuschreiben sein würde. Jedenfalls ergibt sich soviel daraus, daß es für dieselben als rechtlich möglich angesehen werden muß, sich einen freiwilligen Wohnsitz in Frankfurt zu begründen. Ist dies aber geschehen, dann sind sie nur ihres Dienstes wegen und nur auf die Dauer desselben einer anderen als der städtischen Gerichtsbarkeit unterworfen, und die letztere muß mit Beendigung der Dienstzeit von selbst in unbeschränkte Wirksamkeit treten. Bei dem jetzigen Beklagten unterliegt es nun keinem Zweifel, daß die oben angeführten Umstände — seine Verheirathung mit einer Frankfurter Bürgerstochter, die Errichtung und Fortführung eines selbstständigen Haushaltes, die bethätigte Absicht, selbst das Frankfurter Bürgerrecht zu erwerben — vollständig ausreichen, um auch, abgesehen von dem von ihm bekleideten Amte, seinen Wohnsitz in Frankfurt zu begründen. Sonach muß auch die eben bemerkte rechtliche Folge auf den Beklagten Anwendung finden.

Wollte man indessen gegen diese Auffassung noch ein Bedenken hegen und

2. annehmen, daß der Beklagte während seines Dienstes kein Domicil im rechtlichen Sinne in Frankfurt hätte haben können, so käme doch zu Gunsten der Klägerin in Betracht, daß wenigstens nach Auflösung des Dienstverhältnisses ein rechtliches Domicil daselbst für den Beklagten als eingetreten erachtet werden mußte. Da alle factischen Voraussetzungen, wodurch nach allgemeinen Rechtsregeln der Wohnsitz gegründet wird, vorlagen, und zwar dergestalt, daß sie auch ohne Rücksicht auf das von dem Beklagten in Frankfurt verwaltete Amt genügen mußten, da ferner diese Voraussetzungen, wie bereits in voriger Nummer bemerkt, durch die Entweichung des Beklagten aus Frankfurt nicht aufgehoben wurden, vielmehr als unverändert fortdauernd anzusehen sind, so

fehlt es an einem Grunde, warum denselben nicht nun, nachdem mit Auflösung des Dienstes das vorherige Hinderniß hinweggefallen war, die gewöhnlichen und vollen Wirkungen des Wohnsitzes beigelegt werden sollten. Eines neuen Entschlusses von Seiten des Beklagten bedurfte es hierzu nicht. Denn nach den erwähnten Umständen war sein Wille, in Frankfurt seinen wirklichen Wohnsitz zu haben, bereits vorher vorhanden und thatsächlich bekundet, und es konnte nur auf einem an die Dienststellung geknüpften singulären Rechtssatze beruhen, wenn er, dieses Willens ungeachtet, so zu behandeln war, als habe er sein Domicil an einem anderen Orte, als in Frankfurt. Mit der Beendigung des Dienstverhältnisses hörte die Einwirkung dieses Rechtssatzes auf und von da an mußte deßhalb der mit dem entsprechenden Willen verbundene factische Wohnsitz auch alle rechtlichen Folgen eines solchen äußern.

III.

Wilh. Marg. Jul. K., geb. D., Implorantin.

Die K. T. K.'schen Eheleute, die sich im Jahre 1831 in Frankfurt verheirathet hatten, erwirkten am 12. März 1844 folgendes Urtheil des Stadtgerichts zu Berlin: „Da beide Theile, welche seit 1831 in einer ganz kinderlosen Ehe miteinander leben, die Trennung dieser Ehe wünschen und nach ihren gegenseitigen Erklärungen anzunehmen ist, daß weder Leichtsinn oder Uebereilung, noch heimlicher Zwang von einer oder der anderen Seite zu besorgen ist, unter solchen Umständen aber nach §. 716 Allg. Landr. Th. II. Tit. 1, die Trennung einer ganz kinderlosen Ehe zulässig ist, deßhalb ist das bisher zwischen beiden Theilen bestandene Band der Ehe zu trennen, keiner für den überwiegend schuldigen Theil zu erklären und die Kosten Beiden gemeinschaftlich zur Last zu legen.

Frau K. verlangte im Jahre 1857 die Anerkennung dieses Scheidungsurtheils von den hiesigen Gerichten. Das Stadtge-

richt am 7. September 1857 und das Appellationsgericht am 12. October 1857 verwarfen den Antrag, während das Oberappellationsgericht am 27. Januar 1859 dahin erkannte, daß falls Implorantin annoch gehörig nachweisen sollte, daß „ihr früherer Ehemann, Carl Ferdinand K. zur Zeit der in Berlin angestellten Scheidungsklage, unter Aufgebung des Frankfurter Domicils, in Berlin sein Domicil gehabt habe," alsdann dem Antrage auf Anerkennung des beim Berliner Stadtgerichte am 12. März 1844 ergangenen Scheidungsurtheils zum Behuf der Eintragung in die Standesregister statt zu geben sei.

4. Vollstreckung der Urtheile auswärtiger Gerichte eines deutschen Bundesstaates. Prüfung der Competenz des auswärtigen Gerichts. Scheidungsurtheile machen keine Ausnahme.

In der Sache selbst haben die vorigen Gerichte dem Antrage der Implorantin auf Anerkennung des Urtheils des Berliner Stadtgerichts vom 12. März 1844, wodurch das Band der Ehe zwischen ihr und Carl Ferdinand K. getrennt worden, deßhalb nicht deferirt, weil dieses Erkenntniß die Scheidung lediglich auf Grund gegenseitiger Uebereinkunft der Eheleute ausgesprochen habe, dieser Scheidungsgrund aber im Frankfurter Rechte nicht nur nicht anerkannt sei, sondern, wie das Appellationsgericht annimmt, demselben sogar in dem Gesetze über die bürgerliche Ehe vom 19. November 1850 ein Gesetz von streng positiver zwingender Natur entgegenstehe, und es haben daher beide vorige Gerichte nach dieser ihrer Auffassung der Sache die Fragen, ob die K.'schen Eheleute zur Zeit ihres Scheidungsprocesses wirklich ihr Domicil in Berlin gehabt haben und ob das dortige Gericht als das forum domicilii zur Erkennung der Scheidung in diesem Falle competent gewesen sei, als keine Entscheidung erfordernd auf sich beruhen lassen. Dagegen mußte das Oberappellationsgericht dafür halten, daß diese Fragen als präjudiciell allerdings einer Entscheidung bedürfen und daß, wenn diese Entscheidung bejahend ausfallen sollte, alsdann man nicht werde Umgang nehmen können, dem Antrage der Implorantin zu deferiren. Es war dabei

1. davon auszugehen, daß im Allgemeinen, abgesehen von besonderen Gründen, die Gerichte eines deutschen Bundesstaates, die gegen ihre Staatsangehörigen in einem anderen Bundesstaate ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisse zum Vollzug zu bringen verpflichtet sind, falls diese Erkenntnisse nur von einer competenten Behörde erlassen sind und auch sonst nichts vorliegt, was deren formelle Rechtsbeständigkeit aufzuheben geeignet wäre, und daß daher die pflichtmäßige Prüfung solcher Erkenntnisse behufs ihrer Vollziehung auf diese Requisite sich zu beschränken, dagegen nicht auf die innere Legalität derselben auszudehnen habe, wie denn dahin auch das Oberappellationsgericht bereits in früheren Fällen sich ausgesprochen hat.

Fr. S. Neumann c. Weickersheimer 1850 (Bd. 2. no 207.)

W. N. c. Brotbeck 1858 (Bd. 3 no. 258.)

Nun aber besteht in Frankfurt kein Gesetz, welches von diesem allgemeinen, da wo es sich, wie hier, nur von Anerkennung eines auswärtigen Urtheils handelt, jedenfalls analogisch anzuwendenden rechtlichen Grundsatze für Ehescheidungsurtheile ausdrücklich eine Ausnahme begründete, vielmehr sind, indem es in dem Gesetze über die Standesbuchführung vom 19. Nov. 1850 im §. 10 ganz allgemein heißt: „Auswärtige Erkenntnisse bedürfen zum Eintrage (in die Standesregister) der Anerkennung des zuständigen hiesigen Gerichts," Scheidungserkenntnisse mit anderen völlig gleich behandelt. Und da es überdies in dem gleichzeitig erlassenen Gesetze über die bürgerliche Ehe im §. 17 nur heißt: der Eintrag der Scheidung erfolgt auf den Grund eines in Rechtskraft übergegangenen Erkenntnisses, ohne daß hier die innere Legalität desselben zur Bedingung der Eintragung gemacht wäre, so darf um so mehr angenommen werden, daß auch die Anerkennung auswärtiger Scheidungserkenntnisse dadurch nicht hat bedingt werden sollen, als andernfalls es unerläßlich gewesen wäre, darüber nähere maßgebende Vorschriften zu geben. — Ist aber das, so kommt es im vorliegenden Falle

2. nur darauf an, ob das Scheidungsurtheil, da andere for-

melle Mängel bei demselben nicht erkennbar sind, von einem dazu competenten Gerichte ausgegangen ist. Nun leidet es aber

A. keinen Zweifel, daß, wenn die K.'schen Eheleute in Berlin zur Zeit der beantragten Scheidung wirklich und zwar ausschließlich ihr Domicil gehabt haben, aber auch nur dann, das Berliner Stadtgericht nicht nur das ausschließlich competente Forum zur Erkennung der Scheidung, sondern auch für diese das Preuß. Recht allein normgebend gewesen sein würde. Denn freilich hätten die K.'schen Eheleute zwar ihren Wohnsitz in Berlin aufgeschlagen, daneben aber nicht nur ihr Bürgerrecht, sondern auch ihr Domicil in Frankfurt beibehalten, mithin ein domicilium duplex im eigentlichen Sinne

L. 5 L. 6 §. 2 L. 27 §. 2 D. ad munic (50,1)

gehabt, dann würde, wenn auch die Competenz des Berliner Domicil-Forums nicht ausgeschlossen, doch die Scheidung nur nach Frankfurter Recht zu erkennen gewesen sein.

v. Savigny System Bd. VIII. p. 101 & 102;
Puchta Vorlesungen §. 113 p. 231.

Und das Gleiche würde unbedenklich dann anzunehmen sein, wenn etwa die K.'schen Eheleute in fraudem legis, also nur zum Behufe einer nach Preußischem Rechte zu erlangenden Scheidung und nicht in der Absicht, ihr Frankfurter Domicil für immer aufzugeben, es einstweilen nach Berlin verlegt hätten. Daß dagegen, wenn keiner dieser beiden Fälle vorliegen sollte, das Berliner Stadtgericht nicht nur ausschließlich competent, sondern auch wie berechtigt, so verpflichtet war, bei Erkennung der Scheidung lediglich das Preußische Recht zum Grunde zu legen, das darf als ausgemacht betrachtet werden.

v. Savigny System Bd. VIII. p. 337;
Günther in Weiske's Rechtslexicon Th. IV. p. 731 & 732;
Seuffert practisches Pandectenrecht I. §. 17;
Schäffner internationales Privatr. p. 159;
Gerber deutsches Privatr. §. 32 p. 69.

B. Ob aber es sich mit dem Berliner Domicil der K.'schen Eheleute zur Zeit des Scheidungsprocesses so verhalten hat, wie

oben vorausgesetzt ist, um das ergangene Erkenntniß als ein für Frankfurt gültiges erscheinen zu lassen, darüber constirt zur Zeit noch nichts. Denn wenn die Implorantin vermeint, daß dafür das Berliner Erkenntniß allein schon den erforderlichen Beweis liefere, so ist dies unrichtig, da aus jenem Erkenntnisse mehr nicht folgt, als daß das Stadtgericht in der Sache seine Competenz als vorhanden angenommen habe. Es war daher der Implorantin — — der im Urtheile enthaltene Beweis nachzulassen, bei dessen Fassung die oben unter A. dargelegten Gründe maßgebend gewesen sind und in Beziehung auf welchen es nur der Bemerkung noch bedarf, daß es selbstverständlich der Implorantin nicht obliegt, besonders nachzuweisen, die Verlegung des Domicils nach Berlin sei nicht zur Umgehung der Frankfurter Gesetze geschehen, wenngleich es natürlich, falls sich aus dem Beweise der Implorantin genügende Indicien dafür ergeben sollten, daß dies geschehen sei, dem Stadtgerichte unbenommen ist, aus diesem Grunde dem Erkenntnisse die Anerkennung zu versagen.

IV.

Georg Ludwig Zißmann, jetzt dessen Wittwe Magdalena geb. Graff, nunmehr verehelichte Stilcher, Klägerin und Widerbeklagte

contra

die Intestaterben des verstorbenen D. Gallus, Beklagte und Widerkläger.

Die Beweisverhandlungen hatten das Ergebniß, daß das Stadtgericht am 14. August 1857 den beiden Partheien eine ganze Reihe von Eiden auferlegte. Auf Appellation der Klägerin wurde dies Urtheil vom Appellationsgerichte am 4. Januar 1858 bestätigt, während unter Compensation von einem Drittel der Kosten 2. und 3. Instanz und Verurtheilung der Klägerin in

die zwei andere Drittel dieser Kosten das Oberappellationsgericht am 24. Februar 1859 dahin erkannte, daß in drei Puncten der den Beklagten auferlegte Eid wegzufallen habe, dagegen in Betreff derselben die Klägerin zum Eide zuzulassen sei.

5. Vermuthung begründet durch den Besitz der Quittung und den Beweis, ähnliche Auslagen regelmäßig gemacht zu haben.

Es handelt sich nun um zwei kleine Ausgabeposten, welche Zißmann für Gallus bestritten haben soll: fl. 4. 30 Laternengeld für 1850 und 35 Kr. Brandversicherung für 1848/49 validirend für ein dem Gallus gehöriges, in Sachsenhausen belegenes Haus. Die Klägerin hat die Quittungen über diese Posten schon bei Gelegenheit der früheren beklagtischen Oberappellation zu den Acten gebracht. Nun steht es aus der Gallus'schen Abrechnung Anl. D. fest, geht auch überhaupt aus den Acten hervor, daß Zißmann nicht etwa nur einzelne auf das oben erwähnte Gallus'sche Haus bezügliche Auslagen gemacht hat, sondern daß dies in einer gewissen Regelmäßigkeit geschehen ist. Zißmann hat die Miethen des Hauses erhoben, Insatzzinsen berichtigt, ferner Handwerker-Rechnungen an „Schreiner, Glaser und Weisbinder" bezahlt. Da überdies unter den unbestritten gebliebenen Ausgaben des Zißmann auch Brandcassengeld für 1849 mit fl. 4, 30 gewesen ist, so entspringt aus dem Zißmann'schen Besitze der Quittung über denselben Belauf von 1850 eine starke Vermuthung dafür, daß die letztere Zahlung ebenfalls durch ihn geleistet sein wird. Da, nach des Steindeckers Vogt Aussage, Zißmann fl. 2, 24 noch am 29. August 1850 — Tags vor dem Ableben des Gallus — für das in Rede stehende Haus gezahlt hat, so hat die Function des Zißmann als Administrators oder wenigstens als Zahlungsbesorgers noch bis in die letzte Zeit fortgedauert und hierdurch wird die obige Vermuthung noch mehr bestärkt. Es war deßhalb die Klägerin in Beziehung auf die beiden Beträge von fl. 4, 30 und 35 Kr. zum Erfüllungseide zuzulassen.

6. Schenkungen. Vermuthung für deren remuneratorischen Charakter.

Die klägerische Parthei hat gegen den Gallus'schen Nachlaß mehrere Forderungen für kleine häusliche Leistungen geltend gemacht, — — —. Die Leistung selbst und der dafür berechnete Belauf stehen nach rechtskräftiger Sachlage nicht mehr in Frage. Dagegen ist den Beklagten der Beweis nachgelassen, daß durch Liberalitäten jener Anspruch der Zißmann's ausgeglichen sei.

Die früheren Richter haben diesen Beweis, als bis zum Beklagtischen Suppletorium geführt, angenommen. Gleichwohl liegt ein hierzu ausreichendes Beweismaterial nicht vor. Freilich geht aus den Aussagen der Zeugen Pepping, Walther und Dänzer so viel zur Genüge hervor, daß Gallus den Zißmann's und insonderheit seiner Schwester, der ersten Ehefrau Zißmann, verschiedenartige Schenkungen und zwar mit einer gewissen Regelmäßigkeit gemacht hat; allein keiner dieser Zeugen hat darüber etwas anzugeben vermocht, daß diese Liberalitäten den Charakter der Vergeltung, sei es für die fragliche Näharbeit insbesondere, sei es für die erwähnten häuslichen Dienste im Allgemeinen, getragen haben. Und wenn auch unter Umständen der remuneratorische Charakter von Liberalitäten aus der Gesammtheit der Verhältnisse, unter welchen sie vorgekommen sind, abgeleitet werden kann, so ist doch hier dazu die Sachlage nicht geeignet, zumal da eine nähere objective Verbindung zwischen den Leistungen, welche die Zißmann's beschafften, und den Schenkungen, welche Gallus machte, nicht bestanden hat.

7. Auferlegung von Eiden. Aussetzung des definitiven Urtheils.

Durch Stellung der dritten Beschwerde hat die Klägerin, allem Anscheine nach, darauf hinwirken wollen, daß schon jetzt die Folgen festgestellt würden, welche nach Ableistung, resp. Nichtableistung der verschiedenen, der einen und andern Parthei aufgelegten Eide einzutreten hätten. Offenbar ist ein solcher Ausspruch in dritter Instanz, wenn auch nicht absolut unstatthaft, doch im vorliegenden Falle nicht motivirt. Das Stadtgericht hat nämlich die schließlich abzugebende Entscheidung mit gutem Grunde ausgesetzt,

da die Eventualitäten, welche sich nach dem Eidestermin ergeben werden, verschieden sein können, nicht allein je nachdem die Eide im Allgemeinen geleistet werden oder nicht, sondern je nachdem die Schwörenden innerhalb der Eidesformeln Abstufungen machen oder nicht machen.

V.

Commercial-Bank in London, Klägerin
contra
Anton M. Kulp dahier, Beklagten.

Die in dem 3. Bande n⁰ LXXIII. p. 352 mitgetheilte Abweisung der Klage angebrachter Maßen in Bezug auf die Wechsel 5, 6, 8 — 12 veranlaßte die Klägerin wegen derselben Wechsel eine neue Klage anzustellen, in der sie behauptete, sie habe die Wechselausstellerin und Remittentin Halle & Kulp in London rechtzeitig von der Nichtzahlung und Notirung mittelst Notificationsschreiben Nachricht gegeben. Beklagter wiederholte unter Anderem die Einrede nicht erfolgter Nachrichtgebung, während Klägerin in der Replik behauptete, in Betreff der Notification sei nicht strenger Beweis, sondern nur Bescheinigungen erforderlich, die sie durch Auszüge aus ihrem Copirbuche und durch ein Affidavit ihres Geschäftsführers bereits anticipando erbracht habe.

Das Stadtgericht wies am 18. Januar 1858 die Klägerin mit der erhobenen Klage angebrachter Maßen ab. Auf Appellation beider Theile erkannte unter Verurtheilung des Beklagten in die Hälfte der Kosten und unter Compensation der anderen Hälfte das Appellationsgericht am 14. Mai 1858, daß unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses der Klägerin der Beweis folgender Sätze gestattet werde:

A. daß sie die Handlung Halle & Kulp rechtzeitig benachrichtigt habe, daß die eingeklagten Wechsel [3]—[8] bei Verfall von den Acceptanten nicht eingelös't worden seien;

B. 1. daß sie die Handlung Halle & Kulp rechtzeitig benachrichtigt habe, daß der eingeklagte Wechsel [16] bei Verfall von dem Acceptanten nicht eingelös't worden sei oder

2. daß sie durch rechtzeitige Hinsendung des Benachrichtigungsschreibens vom 3. Juli 1854 in das Geschäftslocal, welches die Handlung Halle & Kulp bis zum 28. Juni 1854 in London inne hatte, bemüht gewesen sei, dieselbe von der Nichteinlösung des Wechsels [16] zu benachrichtigen;

C. daß die Acceptanten der eingeklagten Wechsel bei Verfall eines jeden einzelnen keine Deckung für denselben in Händen gehabt haben.

Zugleich wurde dem Beklagten der Gegenbeweis im Allgemeinen und gegen den Beweissatz B. 2. insbesondere auch dahin vorbehalten: „daß er vor seiner Abreise von London am 28. Juni 1854 den George Henderson, Advocaten zu London zu seinem Bevollmächtigten bestellt und von dieser Bevollmächtigung der Klägerin Kenntniß gegeben habe.

Auf beiderseitige Oberappellation und von dem Beklagten beantragte Actenversendung wurde unter Kostencompensation das zweitinstanzliche Urtheil vom Spruchcollegium zu Bonn am 29. Januar 1859 bestätigt.

8. Liquidstellen im Gegensatz von Bescheinigung. Gesetzl. Vermuthung.

(Die rechtzeitige Benachrichtigung von dem Nichteingang der Wechsel) liquid stellen heißt aber etwas Anderes, als blos sie bescheinigen im processualischen Sinne des Wortes, also soviel beibringen, daß der Richter sie für wahrscheinlich zu halten alle Ursache hat, was der Natur der Sache nach niemals die genügende Grundlage dauernd präjudicieller richterlicher Aussprüche sein kann. Nur die Art des Beweises rücksichtlich der Beweismittel kann in dieser Beziehung den Wechselproceß, wie den Executivproceß überhaupt, von dem Beweisverfahren im ordentlichen Processe unterscheiden; nicht das Maß der richterlichen Ueberzeugung, die Kraft des Beweises. Und wenn die richterliche Ueberzeugung in kaufmännischen Verkehrsverhältnissen aus gewissen Daten gerade wegen des kaufmännischen Usus leichter gewon-

nen wird, ja das Gesetz gewisse Daten in Ermanglung bestimmten Gegenbeweises als hinreichend bezeichnet, so liegt in ihnen nicht mehr bloße Bescheinigung, sondern wirklicher Beweis vor, im ordentlichen Processe nicht weniger als im Wechselprocesse. Auch die deutsche Wechselordnung begnügt sich keineswegs mit „Bescheinigung im eigentlichen Sinne des Wortes", wenn im art. 46 gesagt wird, „so genügt zu diesem Zwecke der durch ein Postattest geführte Beweis, daß ein Brief von dem Betheiligten an den Adressaten an dem angegebenen Tage abgesandt ist, sofern nicht dargethan wird, daß der angekommene Brief einen anderen Inhalt gehabt hat. Auch der Tag des Empfanges der erhaltenen schriftlichen Benachrichtigung kann durch ein Postattest nachgewiesen werden." Es ist vielmehr ausdrücklich von Nachweis die Rede, der allerdings auf die ganz bestimmte Weise erleichtert wird: abgesehen davon, daß die Benachrichtigung nach der deutschen Wechselordnung zur Begründung der Wechselklage selbst nicht in der Art gehört, wie nach dem hier anerkannter Maßen entscheidenden englischen Rechte und schon deßwegen die deutsche Wechselordnung nicht anwendbar sein würde, falls sie in der That nicht mehr als Bescheinigung verlangt.

9. Beweiskraft des Copirbuches.

Die einfache Thatsache kann als ausreichend festgestellt betrachtet werden, daß in dem Büreau der Commercialbank rechtzeitig in Folge der Nichtzahlung der fraglichen Wechsel Benachrichtigungsschreiben an den Beklagten oder die Firma Halle & Kulp ausgefertigt worden sind, um an diese gesandt zu werden. — Aber dies ist — — nicht ausreichend; sie mußten in der bestimmten Zeit an ihre Addresse wirklich abgehen und darauf, daß das geschehen, kann aus der durch das Briefcopirbuch constatirten Absicht ein beruhigender Schluß nicht gezogen, höchstens eine gewisse Wahrscheinlichkeit gefolgert werden, die vielleicht im ordentlichen Processe durch Eid zur Gewißheit erhoben werden könnte. Denn daß die bloße Angabe, die Briefe seien durch besondere Boten der Commercialbank besorgt worden und die Benennung dieser Boten zum Beweise gar nichts beiträgt, bedarf keiner Ausführung, zumal nicht

einmal, soweit das doch hätte geschehen können, für eine beglaubigte Aussage der genannten Boten Sorge getragen worden ist.

10. Beweiskraft eines s. g. Affidavits. Locus regit actum.

(Zum Nachweis der gehörig geschehenen wirklichen Benachrichtigung hat Klägerin vorgelegt:)

das sogenannte Affidavit des Geschäftsführers Cutbill mit notarieller Beglaubigung d. i. eine vor dem Lordmajor der City abgelegte eidliche Erklärung des genannten Herrn Cutbill vom 3. April 1857, welche schließlich ausspricht, „daß ich wohl (well) überzeugt bin, daß besagter Herr A. M. Kulp die verschiedenen Anzeigen von der Nichthonorirung der besagten Wechsel seiner Zeit (in due course) empfangen hat, da (as) er diese Thatsache wiederholt mir gegenüber anerkannt hat." Es kann offenbar nicht in Betracht kommen, zu untersuchen, welche Bedeutung im englischen Processe solche Affidavits haben würden, wenngleich die Behauptung des Beklagten, sie seien in England selbst nicht mehr practisch, durch das vorliegende Beispiel allein schon widerlegt wird.

Vergl. Rüttimann der englische Civilproceß, Leipzig 1851 §. 134 p. 80 ss.

Es ist auch von Seite der Klägerin nicht einmal behauptet worden, daß sie nach englischem Rechte zum wirklichen Beweise ausreichend sein würden. Um so mehr ist festzuhalten, daß die Würdigung der Beweiskraft dieser Urkunde dem Rechte des Landes anheim fällt, vor dessen Gerichten die Sache schwebt. Daß aber nach dem hier entscheidenden Rechte die vor einem öffentlichen Beamten außerhalb des Processes freiwillig abgegebene eidliche Erklärung einer nicht einmal als Zeuge vorgeschlagenen Person einen Beweis zu erbringen nicht geeignet ist, versteht sich von selbst. Auch von dem endscheidenden Gerichte eidlich vernommen, läge nur die Aussage eines testis singularis vor, die noch dazu in der gewöhnlichen Beweistüchtigkeit dadurch geschwächt würde, daß der Zeuge Geschäftsführer der klagenden Commercial-Bank und Schreiber der angeblichen Briefe selbst ist, also in gewissem Maße unleugbar in eigener Sache aussagte. Dazu

kommt, daß das Affidavit nicht einmal über die betreffende Thatsache selbst sich klar und bestimmt erklärt,

Vgl. Rüttimann l. c. p. 31, 3.

sondern nur die Ueberzeugung des Erklärenden ausspricht, daß Beklagter die fraglichen Schreiben erhalten habe, da er das wiederholt ihm gegenüber anerkannt habe, — was Beklagter in Abrede gestellt hat.

11. Kann ein Wechsel im ordentlichen Processe ausgeklagt werden?

Daß eine definitive Abweisung der Klage zur Zeit nicht erfolgen durfte, bedarf kaum einer weiteren Erörterung. Sollte es auch, was sogleich weiter zu untersuchen sein wird, als unstatthaft gelten, im Wechselproceßverfahren auf Beweis zu erkennen, so ist doch nicht abzusehen, warum eine Wechselforderung durchaus nur im Wechselprocesse geltend zu machen, warum eine wirkliche Wechselklage nicht auch im ordentlichen Processe anzustellen und zu verfolgen sein sollte, was gerade nach Umständen dem Creditor erwünscht sein kann, um unter Vermeidung unnöthiger Kosten für den Beweis in Betracht kommender Thatsachen, falls sie der Schuldner in Abrede stellen sollte, die gewöhnlichen Beweismittel zur Verfügung zu haben, welche ihm im Executivproceß abgeschnitten sind.

Vgl. Renaud Lehrb. des W.-R. §. 77.

„ Arch. für d. W.-R. von Siebenhaar u. Tauchnitz III. p. 203.

In der Frankf. Prov.-Proc.-Ordnung zeigt wenigstens der art. 88*), daß die Natur der Wechselverbindlichkeit die Verhandlung im ordentlichen Processe nicht ausschließe;

cf. Bender Handb. des Fr. Civ.-Proc. p. 158 nte. 4,

---

*) Will der Kläger es nicht auf den Diffessionseid ankommen lassen, sondern den Beweis, daß die Namensunterschrift des Beklagten richtig sei, übernehmen, so hört das Wechselverfahren auf und die Sache wird im ordentlichen Processe verhandelt und nach geführtem Beweis, auch Gegenweis, das Rechtliche erkannt.

was auf den genannten einzelnen Fall zu beschränken kein Grund vorhanden ist. Und wollte man selbst die Anstellung der Klage im ordentlichen Processe im Allgemeinen für unstatthaft halten, so würde doch der Klägerin durch definitive Abweisung nicht die Möglichkeit entzogen werden dürfen, sich bessere, das Bestrittene alsbald liquidstellende Beweismittel zu verschaffen, um darauf hin, die Klage neuerdings im Wechselprocesse anzustellen.

12. Kann im Wechselproceßverfahren auf Beweis erkannt werden? Werth des Ausspruchs eines Gerichts in Betreff einer angeblichen Rechtssprechung oberer und unterer Gerichte.

Es ist genau zu prüfen, ob, da die Regreßklage im Wege des Wechselprocesses eingeleitet worden, die gegenwärtige Anordnung eines Beweises statthaft ist. Hierüber ist nun zuvörderst nicht nach englischem Rechte zu entscheiden, so daß jede Untersuchung über die etwaigen betreffenden Grundsätze desselben umgangen werden kann, da es sich hier nicht um die materiellen, Existenz und Inhalt der Wechselverbindlichkeit, hier Regreßverbindlichkeit selbst betreffende Puncte handelt, welche allerdings im vorliegenden Falle sich unbestritten nach dem englischen Rechte bestimmen, mag im Executiv= oder Ordinarprocesse verhandelt werden, sondern eben um das Formelle des Processes, das unzweifelhaft unter dem Rechte des Gerichtsortes, also dem Frankfurter Rechte steht. — Auch liegt darüber nicht schon **res judicata** vor, weil das Erkenntniß vom 31. Januar 1857 wegen dieser selben Wechsel in angebrachter Maßen abgewiesen habe, gerade in Ermangelung liquidgestellter Nachrichtgebung, da es eben damit ausgesprochen habe, eine Beweisauflage sei unstatthaft. Um das anzunehmen, hätte sich das Erkenntniß bestimmter über diesen Punct aussprechen müssen. Es sind darin nur die materiellen Erfordernisse der Verurtheilung dargestellt und ist nicht zu verkennen, daß dieselbe erfolgt sein würde, wenn das die Nachrichtgebung betreffende als bereits erwiesen angenommen wäre. Daß aber die Abweisung angebrachter Maßen gerade des nicht hinreichend beigebrachten Beweises wegen erfolgte, ist so wenig ausgesprochen, daß es vielmehr zunächst buchstäblich heißt (**cf. Bd. 3 p. 382**): „da die

Klägerin nirgends mit Bestimmtheit ausgesprochen hat, daß eine gehörige Benachrichtigung nicht erfolgt sei," — und dann nur zugleich nebenbei gesagt wird, „sondern es nur an der Nachweisung — — hat fehlen lassen." Die Entscheidungsgründe sollten also nur rechtfertigen, daß Klägerin nicht definitiv, sondern nur angebrachter Maßen abgewiesen werde. Daß nicht statt dessen bei anderer Lage der Sache dieselben Sententionanten trotz der Einleitung des Wechselprocesses auch eine sofortige Beweisauflage hätten für zweckmäßig und statthaft erachten können, ist damit keineswegs gesagt, da das im gegenwärtigen Processe beigebrachte Material ihnen noch nicht vorlag, nach welchem jedenfalls der Gedanke, daß Klägerin die geschehene Benachrichtigung vielleicht gar nicht einmal behaupten wolle, ausgeschlossen wird. Und es ist dies um so mehr festzuhalten, als die gegenwärtig hervorgehobene angebliche Rechtssprechung der einheimischen Gerichte vor den auswärtigen Sententionanten gar nicht zur Sprache gekommen war, also ihnen auch nicht untergelegt werden darf, daß sie über das dabei zum Grunde liegende eine Entscheidung hätten abgeben wollen.

Die Frage selbst erledigt sich andererseits nicht einfach durch die Versicherung in den Entscheidungsgründen*) des Appellationsgerichtes über die angeblich bestehende Frankfurtische,

---

*) Das Appellationsgericht sprach sich folgender Maßen aus: es ist zwar die der Klägerin obliegende Nachweisung, daß sie den Ausstellern der Wechsel von deren Nichteingang rechtzeitige Anzeige gemacht habe, noch nicht genügend geliefert; allein dieser Umstand hat nicht die Folge, daß die Klägerin mit ihrer Klage unbedingt oder auch in angebrachter Maßen abgewiesen werden müsse. Die hiesige, sowie die Rechtssprechung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck hat sich nämlich ganz entschieden dahin festgestellt, daß die Nachweisung der Nachrichtgebung keineswegs zu den Erfordernissen der Anstellung einer Wechselregreßklage gehöre, daß vielmehr der Wechselregreßkläger, der im Uebrigen seine Klage gehörig begründet und die Original-Documente, nach Vorschrift des art. 79 der Prov.-Gerichtsordng. derselben beigelegt hat, es darauf ankommen lassen könne, ob ihm der Wechselbeklagte die Einrede der unterbliebenen, rechtzeitigen Benachrichtigung entgegensetze, wogegen freilich, insofern diese Einrede gegen ihn vorge-

sowie Rechtssprechung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck rücksichtlich des hierher Bezüglichen. Theils enthält diese Versicherung nicht etwa ein selbstständiges Gerichtszeugniß über das Betreffende, welches selbstverständlich über den eigenen Kreis hinaus, also hier auch für die Rechtssprechung des Stadtgerichts und des Oberappellationsgerichts, von keinem Gerichte gegeben werden kann, sondern nur die ausgesprochene Voraussetzung des Appellationsgerichts, zu deren Begründung auf Anderes Bezug genommen wird, dem gegenüber also die entgegenstehenden Behauptungen des Beklagten in gegenwärtiger Instanz, wonach die in den Entscheidungsgründen citirten Fälle nicht passen sollen, zu prüfen sein würden und sofort die entgegengesetzte Ansicht des Stadtgerichts im angefochtenen Bescheide selbst in die Wagschale fiele; ja welcher von Haus schon deßwegen eine gewisse Unwahrscheinlichkeit entgegentritt, weil das vielfache Einholen der Urtheile ab exteris die Feststellung einer solchen, diesen bestimmten einheimischen Gerichten angehörigen Rechtssprechung nothwendig erschwert. Theils würde eine solche gleichmäßige Rechtssprechung, wenn man sie auch als wirklich bestehend annähme, nicht mit genügender Sicherheit als selbstständig eine (ungeschriebene) Norm constatirend oder constituirend zu erachten sein, vielmehr recht wohl das gleichmäßige Ergebniß bloßer

---

bracht wird, er selbst zu beweisen hat, daß er der ihm obliegenden Verpflichtung der rechtzeitigen Benachrichtigung seines Vormannes oder des Ausstellers Genüge geleistet habe.

Stadtgerichts-Urtheil Oehme c. Schott de 1847.

Jurisprudenz des Oberappellationsgerichtes der 4 fr. St. Deutschlands in Wechselsachen:

F. 29 p. 164 u. 166 (cf. Bd. IV p. 620.)

u. ibidem F. 32 p. 177 178 (cf. Bd. II. n°. 178)

Daß während des Beweisverfahrens, welches in Ermanglung von Urkunden, die die erfolgte Nachrichtgebung sofort in genügender Weise darthun, über dieselbe einzuleiten ist, der Wechselproceß in den ordentlichen Proceß übergehen muß, hindert die Zulässigkeit der Wechselklage an und für sich durchaus nicht und rechtfertigt die Abweisung in angebrachter Maßen.

Argumentationen über das ohnedies bestehende Recht sein können, wie sie auch gegenwärtig die Entscheidungsgründe mit enthalten, welche den später entscheidenden Richter, der sie für falsch hielte, nicht binden. Theils endlich würde der angebliche Inhalt der behaupteten Rechtssprechung die hier vorliegende Frage nicht eigentlich entscheiden. Denn da nur die Notification an sich, nicht gerade eine schriftliche oder sonst in bestimmter Form abgefaßte, wie beim Wechsel und Proteste selbst, nach englischem Rechte zur Wechselregreßforderung als wesentlich zu gelten hat (wie im Grunde auch nach der früheren Frankf. Wechselordng. von 1739 art. 28), also möglich ist, daß in der Art, wie bei Wechsel und Protest, eine Urkunde gar nicht existirt, die gleich bei Anstellung der Wechselklage beigebracht werden könnte (Prov. Proc.-Ordng. art. 78, 79), in welcher Beziehung Beklagter selbst auf die Möglichkeit hingewiesen hat, daß bei Anstellung der Klage die Frist zur Notification noch nicht abgelaufen, also dann in der Klageanstellung die Notification als mitenthalten anzunehmen sei: so besteht mit der Statthaftigkeit, zuerst ohne Constatirung der Nachrichtgebung aufzutreten und es darauf ankommen zu lassen, daß der Wechselbeklagte die unterbliebene rechtzeitige Benachrichtigung entgegensetze, die nur dann Kläger zu erweisen habe (als worauf mit Bestimmtheit die angebliche Rechtssprechung nur bezogen wird) an sich wohl der Satz, daß, wenn Beklagter in Form der Einrede die Erfüllung des betreffenden Moments der Klagebegründung wirklich leugnet, der Beweis nur so, wie auch sonst im Executiv-Processe, geführt werden dürfe; und daß, wie Klägerin in ihrer dermaligen Vernehmlassung behauptet, damit „selbstredend das Verfahren in den Ordinarproceß übergehen müsse", ist nicht unmittelbar einleuchtend.

Indeß, wenn es irgendwie statthaft ist, von einem einzelnen gesetzlich entschiedenen Falle aus, indem man diese Entscheidung eben als Ausfluß eines höheren Princips auffaßt, auf dem Wege der Analogie die Norm für einen entsprechenden, aber nicht bestimmt entschiedenen anderen Fall zu suchen und in judicando anzuwenden, so ist das im vorliegenden Falle gerechtfertigt. Die Abweisung angebrachter Maßen würde dahin führen, daß Kläge-

rin, wenn sie die Sache nicht ganz fallen lassen will, was ihr auch nach der Beweisauflage frei steht, im Wege des ordentlichen Processes die Wechselregreßklage anstellte, wie es ihr nach dem bereits Ausgeführten zusteht, und nun, da das Andere dann als bereits erledigt sich ergäbe, rücksichtlich des Erforderniſſes der Notification die betreffende Beweisauflage erfolgte, mithin der Klägerin der bloßen Form zu Gefallen processualische Schritte aufgebürdet würden, die ohne allen Schaden für den Beklagten übersprungen werden könnten, wenn schon jetzt die Beweisauflage erfolgte, also von Gerichtswegen ohne Anstellung einer neuen Klage die Sache in den ordentlichen Proceß hinübergeleitet würde. Wenn das nun auch trotzdem nicht geschehen dürfte, falls eine Rechtsnorm existirte, daß ein solcher Uebergang des einen Processes in den anderen niemals Statt haben solle, so kann es kein vernünftiges Bedenken finden, wenn nicht nur solche Norm nicht nachweisbar, sondern sogar in einem bestimmten Falle das Gegentheil ausgesprochen ist, ohne daß die Eigenthümlichkeit des bestimmten Falles einen Grund darbietet, um es auf ihn zu beschränken, ihn also als Ausnahme von einer entgegengesetzten Regel zu betrachten, um so weniger, als der Executivproceß, von dem der Wechselproceß eine Unterart bildet, sich selbst weniger durch geschriebenes Recht, als durch die Praxis der Gerichte auf Grund concreter Erfahrungen ausgebildet hat. Es liegt nun aber in der Eigenthümlichkeit des im citirten art. 88 der Prov. Pr. Odg. erwähnten Falles, daß der Kläger es nicht auf den Diffessionseid ankommen lassen, sondern den Beweis der Richtigkeit der Namensunterschrift des Wechselschuldners selbst übernehmen will, nichts so Besonderes, daß wegen desselben nur hier das Wechselverfahren ganz ausnahmsweise in den ordentlichen Proceß hinübergeführt werden sollte. Daher darf aus diesem einen Falle geschlossen werden, daß überhaupt nach dem Frankfurter Rechte eine solche Hinüberleitung in den Ordinarproceß statthaft sei, wenn der Richter die Sache danach angethan findet. Und diese Annahme wird nun noch unbedenklicher im Hinblick auf die Versicherung des Appellationsgerichts über die Rechtssprechung der einheimischen Gerichte, wenn sie auch, nach dem oben Ausgeführten, für sich allein nicht

entscheidend sein konnte. Es wird also die processualische Norm so zu fassen sein, daß der Richter nach den Umständen zu erwägen hat, ob schon jetzt eine Beweisauflage zweckmäßig anzuordnen oder noch eine Vorverhandlung Bedürfniß sei und nur im letzten Falle angebrachter Maßen abzuweisen, im ersten dagegen ohne Weiteres offen zu lassen hat.

Daß nun aber in gegenwärtiger Sache das Appellationsgericht mit Recht davon ausgegangen ist, daß ein Bedürfniß weiterer Vorverhandlungen, das die Normirung einer Beweisauflage ausschließe, nicht vorliege — wie es beim Erkenntniß vom 31. Januar 1857 allerdings der Fall war, — geht aus dem Bisherigen ausreichend klar hervor.

13. Grundsätze über Kostenersatz in oberer Instanz.

Die Beschwerden rücksichtlich der Kosten der vorigen Instanz — — fallen (durch das jetzige Urtheil) von selbst, wie im Grunde von beiden Theilen selbst anerkannt wird. Da weder eine definitive Verurtheilung, noch eine definitive Abweisung sich als gerechtfertigt ergeben hat, der Beklagte mit seiner Appellation ganz, Klägerin mit der ihrigen theilweise unterlegen hat und dem reformirenden Theile der **sententia a qua** gegenüber in Betracht kommt, daß Beklagter als Appellat das stadtgerichtliche Urtheil für sich hatte, so hat weder der Beklagte, und noch weniger Klägerin in alle Kosten verurtheilt werden können, vielmehr hatte Beklagter für seine eigene Appellation als ganz unterliegender Theil die Kosten allein zu tragen resp. zu ersetzen, während für die klägerische Appellation nach den gewöhnlichen Grundsätzen Compensation einzutreten hatte. Daß dies in dem angefochtenen Urtheile in der Form ausgesprochen ist, daß Beklagter der Klägerin die Hälfte ihrer sämmtlichen Kosten, unter Zusammenfassung beider Appellationen, ersetzen solle, kann nicht nur thatsächlich, wenn es überhaupt einen Unterschied macht, nur einen so unbedeutenden enthalten, daß eine Beschwerde darüber keine Beachtung verdienen würde, sondern empfiehlt sich dermalen auch durch die Vereinfachung der Berechnung.

— — Für die Kosten der gegenwärtigen Oberappellati-

onsinstanz ergibt sich, daß jeder Theil die für seine Oberappellation entstandenen allein zu tragen, resp. dem anderen Theil zu erstatten hat, was aber namentlich wegen der combinirten Verhandlung dahin modificirt werden darf, daß die sämmtlichen in dieser Instanz beiden Theilen entstandenen Kosten gegen einander aufgerechnet werden.

VI.

Andreas Biffar zu Deidesheim, als Inhaber der Rheinischen Früchtehandlung daselbst, Kläger und Widerbeklagter

contra

Gustav Warnecke dahier, Beklagten und Widerkläger.

Andreas Biffar behauptete, daß er, als Eigener der Rheinischen Früchtehandlung zu Deidesheim die in dem Contocorrent no 1 — 10 verzeichneten Waaren dem G. Warnecke verkauft habe. Beklagter gestand den Kauf und den Empfang der Waaren zu, leugnete aber, daß Kläger damals Inhaber der genannten Früchtehandlung gewesen sei, Kläger habe nur als Procurist des damaligen Eigenthümers Franz Peter Buhl gehandelt, mit dem er Beklagter schon früher Geschäfte abgeschlossen habe.

Das Stadtgericht verurtheilte am 11. März 1857 den Beklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrags, während das Appellationsgericht am 11. Mai 1857 dem Kläger Beweis dahin nachließ, daß „der Beklagte von ihm seit dem 24. Sept. 1855 auf Bestellung in verschiedenen Sendungen käuflich die Waaren empfangen habe, worüber die Posten 1 — 10 des Soll lauten" und dem Beklagten den Gegenbeweis insbesondere dahin vorbehielt daß „er die fraglichen Kaufgeschäfte mit Franz Peter Buhl abgeschlossen habe." Auf beiderseitige Appellation erkannte

unter Compensation der Kosten 2. und 3. Instanz das Ober-appellationsgericht am 29. März 1859, daß der Kläger nur zu beweisen habe: „daß, als Beklagter die in dem Contocorrent no. 1 — 10 des Soll verzeichneten Waaren bestellt habe, der Kläger A. Biffar Inhaber des Geschäftes „Rheinische Früchtehandlung zu Deidesheim" gewesen sei und Beklagter dies gewußt habe."

14. Klage in eigenem Namen. Klageänderung durch Substitution einer Klage in fremden Namen.

Für überflüssig eine dem Kläger zu machende Beweisauflage mit diesem in jetziger Instanz und dem ersten Urtheile zu halten, weil Kläger jedenfalls, entweder in eigenem Namen oder als Procurist von Buhl, das Kaufgeschäft abgeschlossen habe, war aber um deßwillen unstattnehmig, weil Kläger in eigenem und nicht in fremdem Namen Klage erhoben hat und der Richter zu einer derartigen Klageänderung so wenig befugt ist, wie der Kläger beim Widerspruche des Gegners zu deren Gutheißung. Ebensowenig konnte man dem Letzteren darin beipflichten, er werde, wenn dem Beklagten die Kunde von der Eigenschaft, in welcher der Kläger contrahirt habe, nicht nachzuweisen sei, die Befugniß haben, die Lieferung zu condiciren, es sei daher gleichgültig, ob die Klage als Kaufklage oder als Condiction angesehen werde, da gegen Letztere eine andere Vertheidigung möglich ist.

15. Eintritt in eine fremde Handlung. Etablirung eines Geschäfts, dessen Bezeichnung von seinem Ort, Gegenstand oder Zweck entlehnt ist.

Der Beklagte macht für (eine weitere Beweisnachlassung) den Umstand geltend, der Kläger sei in die Handlung eingetreten, ohne daß zuvor eine Liquidation stattgefunden habe und die üblichen Circulaire erlassen seien, er hafte mithin für deren Schulden.

Bei dieser Auffassung ist zweierlei mit einander verwechselt, der Eintritt in eine fremde Handlung unter Beibehaltung der früheren Firma und die Etablirung eines Geschäftes, dessen Bezeichnung von seinem Ort, Gegenstand oder Zweck entlehnt ist. In jenem Falle kann eine Verhaftung der Neueintretenden für

die Schulden der bisherigen Handlung allerdings eintreten, wenn nicht die geeigneten Vorkehrungen dawider getroffen sind. Geschäfte dagegen, deren Name von dem Gegenstande rc. entnommen ist, kann man ohne Rücksicht darauf, ob gleichnamige Geschäfte an dem betreffenden Orte schon existiren, beliebig neu errichten, resp. in den Fabricationsgebäuden und mit den Geräthschaften eines früheren gleichnamigen Geschäftes fortführen, ohne irgend eine Haftungsverbindlichkeit dessen zu übernehmen, welcher früher ein ebenso benanntes Geschäft betrieben hat. Nicht der Name des Etablissements, sondern der ihres Inhabers ist es, welcher bei dem Abschlusse von Geschäften entscheidende Bedeutung hat, ein Satz, welcher nach dem in Rheinbayern geltenden französischen Rechte um so mehr zur Anwendung kommen muß, als nach diesem die Firma nur aus dem Namen der gegenwärtigen Inhaber gebildet werden darf.

Code de commerce art. 21.

Pardessus droit commercial ed. 6 par de Rozière V. 3 §. 978.

16. Verträge zu Gunsten Dritter.

Der Beklagte behauptet aber auch ferner, der Kläger sei ihm kraft besonderer Vereinbarung mit Buhl verpflichtet, für die Schulden der Rheinischen Früchtehandlung zu haften, und es konnte sich daher fragen, ob nicht eine derartige Vereinbarung, welche der Kläger in Abrede genommen hat, dem Beklagten zum Beweise zu verstellen sei. Eine solche Auflage wäre indessen bedeutungslos, da nach bekannter rechtlicher Vorschrift Verträge zu Gunsten Dritter, von speciellen, hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen, Dritten keine Rechte geben und es an jeder Behauptung des Beklagten fehlt, daß und in welcher Weise jener angebliche Vertrag zwischen dem Kläger und Buhl auch für ihn obligatorische Wirkung erhalten habe.

VII.

Hermann Scharff von Scharffenstein dahier, Kläger

contra

die Inhaber der Handlung Gottfried Scharff dahier, Beklagte.

Kläger behauptete, daß sein verstorbener Vater, Alexander Scharff, Associé der Handlung Gottfried Scharff gewesen und im Jahre 1820 ausgetreten sei, daß bei dieser Gelegenheit ein Separationsvertrag abgeschlossen worden sei, in welchem Vorbehalte zu Gunsten der Alexander Scharff'schen Kinder gemacht worden seien. Kläger begehrte die Einsicht des Societätsvertrags und Separationsvertrags. Ferner verlangte Kläger, um das Forderungsverhältniß Alexander Scharff's aus einem Theilungsacte vom 31. Juli 1826 klar zu stellen, die Vorlage der Handlungsbücher der Beklagten und der Quittungen des Alexander Scharff's über die demselben geleisteten Rückzahlungen.

Das Stadtgericht erkannte am 24. Juni 1857:

A. Kläger hat — rechtsgenügend darzuthun, daß anläßlich des im Jahre 1820 erfolgten Austritts seines Vaters Alexander Scharff aus der Handlung Gottfried Scharff zwischen diesem und den übrigen Theilhabern der genannten Handlung ein Separationsvertrag abgeschlossen und niedergeschrieben worden sei.

B. Beklagte Handlung, bezüglich deren Inhaber, sind schuldig erkannt, in einer — Tagfahrt diejenigen ihrer Handlungsbücher aus den Jahren 1826 bis 1829 incl., in welchen die laufende Rechnung des verstorbenen Alexander Scharff, bezüglich des ihm in dem Theilungsacte vom 31. Juli 1826 überwiesenen Capitalantheils enthalten ist, sowie die in ihrem Besitze befindlichen

Quittungen des Alexander Scharff über die demselben geleistete Rückzahlung eben dieses Kapitalantheils dem Kläger zur geneigten Einsichtsnahme vorzulegen, oder aber, soviel die erwähnten Quittungen betrifft, zur Ableistung des Editionseides in öffentlicher Sitzung des Gerichts dahin sich bereit zu erklären: „daß sie solche Quittungen nicht besitzen, deren Besitz nicht böslich zum Nachtheil des Klägers aufgegeben haben, auch nicht wissen, wo dieselben sich dermalen befinden.

C. Hiernächst soll in der Sache selbst und der Kosten wegen weiter erkannt werden, was Rechtens.

Auf Appellation der Beklagten änderte das Appellationsgericht am 21. September 1857 das stadtgerichtliche Erkenntniß dahin ab, daß Abschnitt B. wegzufallen habe. Auf beiderseitige Appellation erkannte unter Compensation der Hälfte der Kosten und Verurtheilung der Beklagten in die andere Hälfte das Oberappellationsgericht am 31. März 1859, daß das zweitinstanzliche Urtheil zwar im Uebrigen zu bestätigen, soviel jedoch die Edition der Quittungen des Alexander Scharff über die Rückzahlung des ihm in dem Theilungsreceß vom 31. Juli 1826 überwiesenen Kapitalantheils betrifft, dasselbe aufzuheben und statt dessen das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 24. Juni 1857 wieder herzustellen sei.

17. Klage auf Edition eines zwischen Associe's abgeschlossenen Separationsvertrags von Seiten des Sohnes einer der Associe's. Klage aus eigener Person des Erben. Documentum quasi commune. Mangelnder Nachweis eines Interesses. Vermuthung für den Besitz der Urkunde.

Auf den ersten Theil der erhobenen Editionsklage, nämlich auf die Vorlegung des angeblich im Jahre 1820 zwischen dem Vater des Klägers und seinen beiden Brüdern, als damaligen Inhabern der Handlung Gottfried Scharff, abgeschlossenen Separationsvertrags bezieht sich die jetzige Beschwerde der Beklagten, welche dahin geht, daß wegen dieses Gegenstandes die stadtgerichtliche Beweisauflage bestätigt und nicht vielmehr die Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten abgewiesen worden sei. — Diese Beschwerde mußte als unbegründet verworfen werden.

Dieselbe wird

1. darauf gestützt, daß die Editionsklage verjährt sei, indem der Kläger ausdrücklich erklärt habe, daß er als Erbe seines Vaters auftrete, dieser aber, da der fragliche Separationsvertrag zu Ende des Jahres 1820 abgeschlossen worden sein solle, schon seit dem 1. Januar 1821 habe klagen können, die dreißigjährige Verjährung daher, auch wenn man die Zeit vom Tode des Vaters (21. Juli 1829) bis zur Mündigkeit des Klägers (24. August 1830) abrechne, schon längst vor der am 19. März 1857 insinuirten Klage abgelaufen ist.

Es handelt sich bei der verlangten Edition offenbar gar nicht um ein schon für den Vater des Klägers begründet gewesenes und auf den Kläger vererbtes Klagrecht, sondern um ein Klagrecht aus der Person des Klägers selbst. Wer als Erbe in ein Rechtsverhältniß eintritt und zu dessen Geltendmachung der Vorzeigung einer Sache oder Urkunde bedarf, der hat durch dieses Bedürfniß einen selbstständigen Anlaß zur Anstellung der actio ad exhibendum, er klagt somit aus eigener Person, ohne daß es darauf ankommt, ob sein Erblasser ebenfalls schon in der Lage war, die gleiche Klage anstellen zu können. Die Richtigkeit dieser aus Natur und Zweck der actio ad exhibendum sich ergebenden Auffassung wird durch

L. 12 §. 6 D. ad exhib. (10, 4)

außer Zweifel gestellt, wie denn auch in der Doctrin kein Streit darüber ist. Steht die Klage aber dem Kläger aus seiner Person zu, so konnte die Verjährung jedenfalls erst mit der Mündigkeit desselben, also mit dem 24. August 1830 beginnen und ist noch nicht abgelaufen, einerlei, ob die Rechte, über welche sich der Kläger näheren Aufschluß verschaffen will, ihm selbstständig oder nur als Erben seines Vaters zustehen mögen. — Wenn der Kläger in der Klage bemerkt, daß er „als eines der Kinder und Erben von Alexander Scharff" ein naheliegendes Interesse habe, die Klarstellung des fraglichen Verhältnisses zu wünschen und zu diesem Zwecke die Vorlage der bezeichneten Urkunde zu begehren berechtigt sei, so steht dies mit jener Auffassung durchaus nicht im Widerspruche, da der Kläger das Recht, um dessen nähere Kennt-

niß es ihm zu thun ist, aus einer Vertragsstipulation seines Vaters zu Gunsten von dessen Kindern herleitet, der Erwerb dieses Rechtes also auf seiner Eigenschaft als Kind oder als Kind und Erbe beruhte, während irgend eine Thatsache, welche schon dem Vater des Klägers Anlaß zu einer Editionsklage gegeben hätte — wozu der Umstand, daß die fragliche Urkunde sich im Besitz der beklagten Handlung befunden haben soll, nicht genügen konnte — und welche den erblichen Uebergang eines solchen Klagerechtes auf den Kläger erkennen ließe, weder von Seiten des Klägers, noch auch von Seiten der Beklagten angeführt worden ist.

2. Die Beklagten meinen ferner, es fehle an einem Rechtsgrund zur Edition. — Unbedenklich ist jedoch der fragliche Separationsvertrag, wenn dessen Existenz erwiesen werden sollte, als eine für den Kläger gemeinschaftliche Urkunde anzusehen. — Aus dem vom Kläger zu führenden Beweise wird sich erst ergeben, ob der Separationsvertrag nur in einem Exemplar ausgefertigt oder dem Vater des Klägers ein besonderes Exemplar zugestellt wurde. Im ersteren Falle würde ein wirkliches Miteigenthum der drei Contrahenten angenommen werden müssen. Indessen kommt die Ungewißheit über diesen Umstand nicht in Betracht; denn jedenfalls war die Vertragsurkunde dazu bestimmt, das Rechtsverhältniß von Alexander Scharff zu den in der Societät verbleibenden Inhabern der Handlung Gottfried Scharff für die Zukunft zu reguliren und wurde deßhalb, ohne Rücksicht auf das Eigenthum an der Urkunde, vermöge ihres Inhaltes und Zweckes für die Interessenten eine gemeinschaftliche Urkunde im weiteren Sinne, ein s. g. **documentum quasi commune.**

L. 4 §. 1 D. de edendo (2, 12)

L. 3 §. 14 D. ad exh. (10, 4)

Ohne Grund wenden die Beklagten dagegen ein, daß der Separationsvertrag nicht zur Begründung, sondern zur Auflösung eines Vertragsverhältnisses bestimmt gewesen sei; denn dessen ungeachtet ist die Urkunde, insofern durch sie festgestellt wird, daß und unter welchen Modalitäten das frühere Vertragsverhältniß aufgelös't werden und welche rechtlichen Folgen deßhalb für die verschiedenen Contrahenten eintreten sollten, zur Regulirung ihrer künf-

tigen Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt und muß daher als eine gemeinschaftliche anerkannt werden.

War der Separationsvertrag aber eine gemeinschaftliche Urkunde für die damaligen Contrahenten, so ist er es auch für den jetzigen Kläger vermöge seiner unbestrittenen Eigenschaft als einer der Erben seines Vaters. Ob die Beklagten bei Uebernahme der Handlung Gottfried Scharff in alle dieselbe betreffenden Verbindlichkeiten der früheren Inhaber eingetreten sind, darauf kommt es hier nicht an, da das durch die Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde begründete Recht auf ihre Einsicht durch einen Wechsel in der Person des Besitzers nicht aufgehoben werden kann.

Hierdurch beseitigt sich auch der Einwand, welchen die Beklagten daraus hergenommen haben, daß der Kläger ein rechtliches Interesse an Vorlegung der Urkunde nur mit der ganz unbestimmten Angabe, es sollten, wie mehrfach behauptet worden sei, in dem Separationsvertrag für die Kinder von Alexander Scharff gewisse Rechte wegen ihres Eintritts in die Handlung Gottfried Scharff stipulirt worden sein, zu begründen vermocht habe. Kann Jemand eine Urkunde, weil sie zur Regulirung seiner Rechtsverhältnisse errichtet wurde, als eine gemeinschaftliche ansprechen, so bedarf es zur Begründung des Editionsgesuches nicht erst noch des Nachweises, daß die Einsicht der Urkunde zur Erhaltung oder Förderung eines speciellen rechtlichen Interesses diene. Vielmehr darf er ohne Weiteres die Vorlegung verlangen, sobald dieses Verlangen sich nicht den Umständen nach als zwecklos und darum als ein Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Ein solcher Mißbrauch hätte von den Beklagten dargelegt werden müssen; das ist aber nicht geschehen, vielmehr sprechen, ganz abgesehen von der Wahrheit oder Unwahrheit der bemerkten speciellen Stipulation, alle actenmäßigen Umstände, namentlich die Unmöglichkeit eigener Wissenschaft des Klägers und der während seiner Kindheit erfolgte Tod des Vaters, entschieden dafür, daß der Wunsch bestimmter Aufklärung über den Inhalt des Separationsvertrags ein gerechtfertigter sei.

Die mehrfache Berufung der Beklagten auf den Grundsatz: **nemo contra se edere tenetur**, stellt sich bei der durch die Ge-

meinschaftlichkeit der Urkunde begründeten Editionspflicht von selbst als völlig ungeeignet dar.

3. Die Beklagten machen weiter geltend, die etwaigen Hauptansprüche des Klägers, zu deren Aufklärung er die Edition verlange, nämlich die angeblich in dem Separationsvertrage zu Gunsten der Kinder von Alexander Scharff stipulirten Rechte, seien verjährt und damit sei das rechtliche Interesse an der Edition weggefallen. Allein ganz abgesehen davon, daß, wie oben gezeigt, ein durch die Edition zu erlangender specieller Nutzen für die Rechtsverfolgung des Klägers nicht constatirt zu sein braucht, widerlegt sich das Argument schon dadurch, daß die Rechte, welche den Kindern von Alexander Scharff in dem Separationsvertrag etwa vorbehalten worden sein sollten, einerlei, ob sie ihnen selbstständig oder nur als Erben ihres Vaters zugedacht waren, soviel den Kläger betrifft, wegen der schon hervorgehobenen Unmündigkeit desselben bis zum 24. August 1830, noch gar nicht verjährt sein können.

4. Wenn endlich die Beklagten noch einwenden, es sei nicht bescheinigt, daß die fragliche Urkunde sich in ihrem Besitz befinde, so genügt es dagegen zu bemerken, daß, wenn überhaupt die Existenz eines schriftlichen Separationsvertrags erwiesen werden sollte, die dringendste factische Vermuthung dafür spricht, daß eine für die Verhältnisse der Handlung Gottfried Scharff so wichtige Urkunde zu deren Papieren gekommen sein werde, die Beklagten aber in der Vernehmlassung auf die Klage ausdrücklich einräumen, daß sie bei Uebernahme der Handlung die sämmtlichen, auf das Geschäft bezüglichen Bücher und Scripturen mit übernommen haben.

18. Sind die Geschäftsbücher einer Handlung für die Geschäftsfreunde gemeinschaftl. Urkunden? Einfluß eines rechtl. Interesses.

Was die Vorlegung der Handelsbücher der Beklagten betrifft, so war die Beschwerde des Klägers für unbegründet zu achten.

1. Als gemeinschaftliche Urkunden können die Handelsbücher der Beklagten, soweit sie Aufzeichnungen über das fragliche Forderungsverhältniß enthalten, nicht angesehen werden.

Soviel die Verhandlungen der Partheien ergeben, war die Wittwe Scharff geb. Stein, und später deren Sohn Alex. Scharff, als ihr theilweiser Erbe, nur Darlehnsgläubiger der Handlung Gottfried Scharff. Es kann aber nicht angenommen werden, daß jeder Gläubiger einer Handlungsfirma berechtigt wäre, die Handelsbücher der Letzteren, soweit sie sich auf sein Guthaben und dessen Abtragung beziehen, als gemeinschaftliche Urkunden betrachtet zu sehen. Vielmehr muß, wie in

Fr. Pr. Rolffs & Comp. c. Strunk (Bd. I. n⁰ 143 p. 301)

Wertheimber c. Spiro 1833,

Erlanger c. Uffel 1844,

ausgesprochen worden ist, davon ausgegangen werden, daß die Geschäftsbücher einer Handlung der Regel nach nur für sie selbst und nicht für ihre Geschäftsfreunde zu einer urkundlichen Feststellung bestimmt sind. Wenngleich nun Ausnahmen hiervon vorkommen können, insbesondere bei einem Geschäftsverkehr zwischen zwei Kaufleuten Gemeinschaftlichkeit der beiderseitigen Handelsbücher als von den Betheiligten beabsichtigt zu vermuthen ist und, auch abgesehen von diesem Falle, durch einen fortgesetzten Geschäftsverkehr eine die Gemeinschaft begründende stillschweigende Uebereinkunft bekundet werden kann, so muß doch, wo nicht besondere Umstände für eine solche Ausnahme sprechen, an der Regel festgehalten werden, an welcher auch durch die Ref. I. tit. 31 §. 20 offenbar nichts geändert ist. Nun beruft sich der Kläger zwar in jetziger Instanz darauf, daß die Wittwe Scharff geb. Stein über ihr Guthaben keine Bescheinigung in Händen gehabt, dagegen mit der Handlung Gottfried Scharff wegen desselben in laufender Rechnung gestanden habe. Allein theils würden diese Angaben zur Begründung einer Ausnahme noch nicht genügen, da unter der laufenden Rechnung nach der Darstellung des Klägers nur die Buchführung über das Guthaben selbst, nicht etwa die regelmäßige Mittheilung von Buchauszügen an die Gläubigerin verstanden werden kann, auch nicht näher bemerkt ist, wie sich nach dem Eintritt von Alexander Scharff, das Verhältniß factisch gestaltet habe; theils hätten diese Angaben, als zum Klagegrund gehö-

rend, schon in erster Instanz gemacht werden müssen, wo nichts davon vorkommt.

2. Der Kläger hat außer der Gemeinschaftlichkeit auch noch das rechtliche Interesse, welches er an der Vorlegung der Handelsbücher der Beklagten habe, als Klagegrund geltend gemacht. Es ist eine sehr bestrittene Frage, ob Jemand die Vorlegung einer Urkunde, an welche er kein specielles dingliches oder persönliches Recht hat, wegen seines rechtlichen Interesses zur Einsicht derselben verlangen kann. Auch wenn man indessen die Frage bejaht, so kann doch der Richter, auf dessen Ermessen es hierbei ankommen würde,

L. 3 §. 11. 14. D. ad exh. (10,4)

nur aus einem ganz dringenden Grunde der **aequitas** auf die Edition erkennen. Der vorliegende Fall war dazu jedoch nicht geeignet. Der einzige Grund, welcher zu Gunsten des Klägers sprechen würde, könnte nur in der Behauptung gefunden werden, daß der Nachlaß seines Vaters keine Papiere enthalten habe, welche über das fragliche Forderungsverhältniß Aufschluß gegeben hätten. Allein es würde zu weit führen, wenn der Mangel von Papieren, auch wenn er nicht durch eigene Sorglosigkeit, sondern durch die des Erblassers entstanden ist, schon genügen sollte, um von jedem Dritten Edition der Documente zu verlangen, bei deren Einsicht man rechtlich interessirt ist.

19. Quittungen als gemeinschaftliche Urkunden.

In Ansehung der — Quittungen (welche von Alexander Scharff über die Rückzahlung seines Capitalantheils ausgestellt sein sollen) war die Beschwerde des Klägers als begründet anzuerkennen, da Quittungen als gemeinschaftliche Urkunden zwischen den Betheiligten anzusehen sind. Allerdings werden Quittungen zunächst für den Schuldner und zu dessen Gebrauch ausgestellt. Dies beruht aber darauf, daß es nur seltene Ausnahmsfälle sind, in denen der Gläubiget ihrer Einsicht bedarf. An sich beurkundet doch die Quittung eine Handlung, durch welche ein beiderseitiges Rechtsverhältniß betroffen wird, und bezweckt Sicherung des Liberationsactes, welcher seine Wirkung so gut für den Gläubiger als

für den Schuldner äußert. Die Ausstellung und Aushändigung der Quittung soll daher eventuell auch dem Interesse des Gläubigers dienen, wenn er ausnahmsweise zur Aufklärung über Zeit, Art und Betrag der geleisteten Zahlung der Wiedereinsicht derselben bedürfen sollte. Diese Auffassung, welche durch den wiederholten Einwand der Beklagten, daß die Quittung nur die Lösung, nicht aber die Begründung eines Rechtsverhältnisses bezwecke, nicht widerlegt wird, ist auch nicht bloß von andern höchsten Gerichten,

vergl. Seuffert Arch. IV. n⁰ 169

sondern auch schon von dem hiesigen Oberappellationsgerichte in

Fr. S. Dörffler c. Michel & Deninger 1828

gebilligt worden.

Der Einwand des mangelnden Interesses ist auch hier völlig grundlos, zumal da das rechtliche Interesse des Klägers sich über Fortbestand oder Tilgung des Schuldenverhältnisses Gewißheit zu verschaffen, um nicht in der Hauptsache mit einem ganz oder theilweise unbegründeten Anspruche aufzutreten, ein unverkennbares ist.

— — — — — — — — — — — —

Wegen des Besitzes der Quittungen auf Seiten der Beklagten genügt eine Verweisung auf die Entscheidungsgründe des Stadtgerichtes*).

Es mußte daher hinsichtlich der Quittungen das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder hergestellt werden.

*) Daß der Besitz der in Frage stehenden Quittungen einer weiteren Bescheinigung nicht bedarf, da vielmehr angenommen werden muß, daß Beklagter kaufmännischer Sitte gemäß nur gegen Quittung die Rückzahlung an Alex. Scharff geleistet habe.

VIII.

Dr. jur. Schady dahier, Kläger
contra
Dr. med. Ehmant dahier, Beklagten.

Das Stadtgericht gab in oben bemerkter Sache am 12. und 14. November 1856 Erkenntnisse ab. Der Kläger appellirte und bei dem Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 25. Februar 1857 wirkte als Appellationsrichter ein inzwischen versetzter Stadtgerichtsrath mit, der an der erstinstanzlichen Urtheilsfällung Theil genommen hatte. Der Kläger verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde und eventuell Oberappellation. Das Oberappellationsgericht erklärte am 11. April 1859 unter Aussetzung der Kosten zweiter Instanz und unter Compensation der Kosten dritter Instanz das zweitinstanzliche Urtheil für nichtig.

20. Tres faciunt collegium.

Der Kläger hat mit Unrecht einen Zweifel gegen die Gültigkeit des angefochtenen Erkenntnisses daraus hergenommen, daß dasselbe nur von drei Mitgliedern des Appellationsgerichts abgefaßt worden sei. Denn dieser Zweifel beseitigt sich vollständig durch die Vorschrift im §. 9 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 16. Septbr. 1856, bei welcher der Ausdruck „Bescheid" unverkennbar allgemein von jedem collegialisch zu fassenden Beschluß in anhängigen Rechtssachen verstanden werden muß. Es braucht deßhalb nicht darauf eingegangen zu werden, daß auch nach der früheren Frankfurter Gesetzgebung die Beschlußfähigkeit des Appellationsgerichts nicht von der jedesmaligen Mitwirkung aller 7 Mitglieder abhängig gemacht war.

21. Nichtigkeit eines Urtheils, weil bei demselben ein Richter der vorderen Instanz thätig war.

Es mußte der vom Kläger an erster Stelle geltend gemachte Nichtigkeitsgrund, daß eins der drei entscheidenden Mitglieder des Appellationsgerichts im vorliegenden Rechtsstreite bereits als Richter erster Instanz thätig gewesen sei, nach der concreten Lage der Sache als zutreffend anerkannt werden.

a. Ein Richter, welcher bei der Leitung und Entscheidung eines Rechtsstreites in erster Instanz mitgewirkt hat, wird zwar deßhalb nicht überhaupt unfähig, nach erfolgter Versetzung an Erkenntnissen der Appellationsinstanz in derselben Sache Theil zu nehmen. Vielmehr ist dies ohne Zweifel der Regel nach zulässig, wenn es sich um die Appellation gegen Entscheidungen handelt, bei denen er nicht mitgewirkt hat, und es kann dahin gestellt bleiben, ob in solchem Falle auch nur eine Recusation begründet sein würde. Wohl aber muß die Unvereinbarkeit jener doppelten Thätigkeit anerkannt werden, wenn ein Richter in appellatorio miturtheilen soll, der gerade die eben angefochtene Entscheidung erster Instanz, sei es allein oder mit Anderen, abgegeben hat. Devolutive Rechtsmittel haben den Zweck, daß die Richtigkeit einer Entscheidung unterer Instanz dem Urtheil einer anderen und höheren Gerichtsbehörde unterworfen werde. Wenn der entscheidende Werth dieser Einrichtung unverkennbar in der Gewährung einer völlig unabhängigen und neuen Prüfung der Sache liegt, so wird dabei auch ein Wechsel des Richterpersonals nothwendig vorausgesetzt und es würde nur der Form, aber nicht dem Wesen eines devolutiven Rechtsmittels entsprochen, wenn die Entscheidung zwar von einer höheren Behörde ausginge, diese aber ganz oder theilweise mit denselben Personen besetzt wäre, welche das angefochtene Urtheil erlassen haben. Von jeder Gesetzgebung, welche devolutive Rechtsmittel anordnet, muß hiernach, wenn sie nicht selbst eine Modification eingeführt hat, angenommen werden, daß sie die Rechtsmittel in ihrem vollen Charakter habe gewähren wollen und daß sie deßhalb die Mitwirkung desselben Richters in unterer und höherer Instanz, auch ohne es

ausdrücklich auszusprechen, als einen wesentlichen Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen anerkenne. Weder das gemeine, noch das Frankfurter Recht enthält aber für die Appellation eine Bestimmung, welche auf eine Abweichung von diesem Grundsatze schließen ließe, im Gegentheil hat die Frankfurter Gesetzgebung den Grundsatz noch neuerlich für das Strafverfahren bestätigt.

Ges. über das Verfahren in Strafsachen de 1856 art. 22.

Beruht sonach die Nothwendigkeit eines Wechsels der Richterpersonen auf der Natur eines devolutiven Rechtsmittels, so folgt daraus, daß ein Verstoß dagegen nicht, wie es von einigen Schriftstellern geschieht,

Vergl. Wetzell System l. p. 281

als bloßer Recusationsgrund aufzufassen ist, sondern einen Nichtigkeitsgrund bildet und daß die Möglichkeit einer Identität des Richterpersonals bei anderen Rechtsmitteln kein Bedenken hiergegen begründen kann.

b. Im vorliegenden Falle steht fest, daß einer der drei Verfasser des angefochtenen appellationsgerichtlichen Erkenntnisses bis zu Ende des Jahres 1856 Mitglied des Stadtgerichts I. war und daß er zwar laut des Protocolls der Stadtgerichtsacten nicht an dem stadtgerichtlichen Erkenntniß vom 14. Nov. 1856, wohl aber an dem stadtgerichtlichen Decrete vom 12. ejusd., welches der Gegenstand der ersten Beschwerde des Klägers in voriger Instanz bildete, Theil genommen hat, indem die in Folge der Nichtigkeitsbeschwerde anher eingezogene Erklärung des Appellationsgerichts vom 23. Sept. 1857 die Versicherung enthält, daß in der Sitzung vom 12. November 1856, ausweislich des eingesehenen Sitzungsprotocolls, sämmtliche damalige Mitglieder des Stadtgerichts anwesend gewesen seien. Das jetzt angefochtene Erkenntniß stellt sich daher, soweit dadurch die Appellation des Klägers gegen das stadtgerichtliche Decret vom 12. Nov. 1856 verworfen worden ist, dem obigen Rechtssatz gemäß als nichtig dar. In Folge davon mußte aber auch der übrige Inhalt des angefochtenen Erkenntnisses cassirt werden. Denn abgesehen davon, ob nicht schon die Einheit des Erkenntnisses dahin führen müßte, in der bei einem Theile desselben vorliegenden Unfähigkeit eines Richters einen we-

sentlichen Mangel für das Ganze anzuerkennen, liegt hier die Sache so, daß das gedachte Decret einen für das Haupterkenntniß präjudiciellen Punct betraf, indem es den Kläger mit mehreren nachträglich eingereichten Documenten, deren er sich zur Impugnation des Gegenbeweises bedienen wollte, wegen der processualischen Lage der Sache zurückwies, während die Zulassung dieser Documente möglicher Weise eine dem Kläger günstigere Beurtheilung der Beweis- und Gegenbeweis-Ergebnisse hätte herbeiführen können. Hieran wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß die fraglichen Documente zu den Acten zweiter Instanz gelangt sind und das Appellationsgericht sie nicht bloß mit dem Stadtgerichte für verspätet, sondern zugleich auch sachlich für bedeutungslos erklärt hat. Denn diese Erklärung bildet nur einen zweiten Entscheidungsgrund für die Bestätigung des Decrets vom 12. Nov. 1856, wodurch die Documente von jeder Berücksichtigung völlig ausgeschlossen worden sind. Da aber diese Bestätigung, aus welchen Gründen sie auch erfolgt sein möge, sich als nichtig darstellt, so fehlt es über die Zulassung oder Nichtzulassung der Documente an einer Entscheidung zweiter Instanz, durch welche doch erst der Umfang der Beweismaterie bestimmt werden mußte und ohne welche daher die Grundlage für Prüfung des Beweis- und Gegenbeweis-Erkenntnisses an einer wesentlichen Unvollständigkeit leidet.

22. Nichtigkeit des Urtheils, nicht der Proceßleitung.

Die gegenwärtige Entscheidung hatte sich übrigens auf die Cassirung des appellationsgerichtlichen Urtheils vom 25. Februar 1857 zu beschränken, da diejenigen Mitglieder des Appellationsgerichts, welche an den stadtgerichtlichen Entscheidungen vom 12. und 14. Nov. 1856 Theil genommen haben, dadurch nur an der Urtheilsfindung über die klägerische Appellation, nicht aber auch an der Proceßleitung verhindert werden, das Appellationsgericht daher genügend besetzt bleibt, um über die Art und Weise, wie die Abfassung eines anderweitigen Urtheils herbeizuführen sei, das Erforderliche zu beschließen.

IX.

F. L. Graubner & Söhne dahier, Kläger

contra

den Kammerrath Oscar Bankwitz zu Leipzig, modo den Gütervertreter in dessen Concurse daselbst, Beklagten.

F. L. Graubner & Söhne hatten bei dem Handlungshause Königswarter zur Begründung des Gerichtsstandes und Sicherung der Klagforderung wegen zweier Wechselklagen gegen Oscar Bankwitz Arrest erwirkt und die Wechselklagen bis zum Schlusse verhandelt. Nachdem inzwischen Oscar Bankwitz in Concurs gerathen war, stellte das Leipziger Concursgericht vermittelst Requisition das Ansuchen an das hiesige Stadtgericht um Aufhebung der Arreste. F. L. Graubner & Söhne widersprachen der beantragten Aufhebung; das Stadtgericht verfügte dieselbe am 13. August 1859. Während das Appellationsgericht am 15. October 1858 das stadtgerichtliche Erkenntniß bestätigte, erkannte unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz das Oberappellationsgericht am 12. April 1859, daß die von den Klägern impetrirten Arreste für jetzt noch aufrecht zu erhalten, die Kosten erster Instanz auszusetzen und dem Gütervertreter im Bankwitz'schen Concurse zu überlassen sei, einen anderweiten Antrag wegen Aufhebung der gedachten Arreste bei dem Stadtgerichte anzubringen.

23. Unterschied der Extrajudicial- und der ordentlichen Appellation.

Die Förmlichkeiten des von den Klägern ergriffenen Rechtsmittels würden, wenn dasselbe als Extrajudicial-Appellation zu betrachten wäre, nicht als gewahrt erscheinen, da die Kläger sowohl in voriger als jetziger Instanz unterlassen haben, gleich bei der

Einwendung der Appellation ihre Beschwerden einzeln anzugeben. Die Appellation war jedoch als ordentliche aufzufassen und für diesen Fall unterlag die Wahrung der Förmlichkeiten keinem Zweifel.

Die beiden Realarreste, um deren Aufhebung es sich handelt, wurden von den Klägern gegen den auswärtigen Beklagten zur Sicherung der Forderung und zur Begründung des Gerichtsstandes impetrirt und auf Grund derselben sind die beiden Wechselklagsachen, um deren Willen die Arrestanlegung stattfand, vor dem Stadtgerichte zu Frankfurt bis zum Schluß verhandelt worden. Daß die Aufhebung eines solchen Arrestes, wodurch die Rechte des Impetranten als Proceßparthei betroffen werden, einen Bestandtheil des anhängigen Processes selbst bilde, daß sie daher auch der ordentlichen Appellation (nach Maßgabe des art. 62 der prov. Proc.-Ordng.) unterliege, leidet im Allgemeinen keinen Zweifel. Es kann dies aber auch nicht anders beurtheilt werden, wenn die Aufhebung des Arrestes als rechtliche Folge des gegen den Schuldner eröffneten Concurses verfügt wird. Daß die Competenz zu dieser Verfügung dem bisherigen Proceßgerichte verbleibe und nicht etwa auf das Concursgericht übergehe, bedarf am wenigsten da einer Auseinandersetzung, wo beide Gerichte verschiedenen Staaten angehören und die rechtliche Möglichkeit anerkannt ist, daß das Arrestobject unter Umständen Gegenstand eines Particular-Concurses werden könne, wie denn die Competenz des Stadtgerichts vorliegend auch gar nicht bestritten worden ist. Ob nun die Aufhebung des von einem Kläger erwirkten Arrestes auf Anlaß der Concurseröffnung gegen den Beklagten oder aus irgend einem anderen Rechtsgrunde verfügt werde, kann in der processualischen Eigenschaft dieser Verfügung keinen Unterschied machen. Im ersteren Falle tritt nur der Massecurator an die Stelle des ursprünglich Beklagten. Sobald derselbe die Aufhebung des Arrestes beantragt, der Impetrant ihr aber widersprochen hat, stellt sich die verfügte Aufhebung immer als Entscheidung eines streitigen Incidentpunctes in dem anhängigen Processe, somit als der Rechtskraft fähig und der ordentlichen Appellation unterliegend dar. Auch kann in dieser Hinsicht nichts

darauf ankommen, in welcher Form der Antrag des Massecurators an das Proceßgericht gebracht, und ob von diesem die geeignete Art des contradictorischen Verfahrens eingeleitet worden sei; ein deßfallsiger Mangel kann für den Appellanten möglicher Weise ein Gegenstand seiner Beschwerden sein, an dem Charakter der Entscheidung selbst aber nichts ändern.

24. Aufhebung eines zur Begründung des Gerichtsstandes und der Sicherheit des Streitgegenstandes gegen einen Auswärtigen impetrirten Arrestes auf Grund des über jenen Auswärtigen ausgebrochenen Concurses vermittelst Requisition des Concursgerichts. Das Arrestobject an sich gewährt kein Vorzugsrecht im Concurse.

In der Sache selbst war die erste Beschwerde der Kläger, welche gegen die in voriger Instanz bestätigte Aufhebung der fraglichen Arreste gerichtet ist, für begründet zu achten. Zwar machen die Kläger

1. mit Unrecht geltend, daß sie auf die Requisition des Concursgerichts zu Leipzig vom 10. Juni 1858, indem dieselbe einen in den anhängigen Proceß vor dem Stadtgerichte zu Frankfurt eingreifenden Antrag enthalte, der nur durch einen Frankfurter Advocaten hätte eingebracht werden dürfen, eine Erklärung abzugeben überhaupt nicht schuldig gewesen seien. Jene Requisition läßt eine doppelte Auffassung zu. Das Concursgericht konnte von der Ansicht ausgehen, es bedürfe nur einer Berufung auf den zwischen dem Königreich Sachsen und der freien Stadt Frankfurt anerkannten Grundsatz der Universalität des Concurses, um sowohl das Stadtgericht zu Frankfurt als die Kläger zu überzeugen, daß der impetrirte Arrest durch den im Wohnorte des Schuldners eröffneten Concurs seine Erledigung finde; danach konnte das Requisitionsschreiben den Zweck haben, das Stadtgericht, nachdem es sich über die Zustimmung der Kläger Gewißheit verschafft haben würde, zur Aufhebung des Arrestes zu veranlassen, ohne für den Fall eines Widerspruches der Kläger dem weiteren Verfahren vorgreifen zu wollen. Die Requisition konnte aber auch den weitergehenden Zweck haben, daß der dabei abschriftlich mitgetheilte Antrag des Massecurators als

Grundlage eines einzuleitenden contradictorischen Verfahrens angesehen und schließlich darüber vom Stadtgerichte richterlich erkannt werden solle. Daß nun die Kläger sowohl nach der einen, als nach der andern Auffassung mindestens zu der einfachen Erklärung verbunden waren, ob sie in die Aufhebung des Arrestes einwilligten oder nicht, versteht sich von selbst. Welche Folgen aber eingetreten sein würden, wenn die Kläger sich auf die Rüge der Formwidrigkeit des Antrags beschränkt hätten, kann dahingestellt bleiben. Denn die Kläger haben

2. in ihrer Eingabe vom 6. August 1858 eventuell ausdrücklich erklärt, daß sie den zu Recht bestehenden Arrest mit allen ihnen zu Gebote stehenden Mitteln aufrecht erhalten würden. Bei diesem sachlichen Widerspruch und da die Kläger ihre Begründung desselben zur Zeit noch nirgends vorgebracht haben, würde die erkannte Aufhebung des Arrestes nur gerechtfertigt sein, wenn die Kläger mit ihren Einreden gegen den Antrag des Massecurators für rechtlich präcludirt erachtet werden müßten. Dies läßt sich aber nicht annehmen. Geht man von dem oben unter 1 ausgeführten Gesichtspuncte aus, so konnte eine Präclusion der Kläger nur eintreten, wenn sie in einem ordnungsmäßig eingeleiteten Proceßverfahren ihre Einwendungen überhaupt oder in der gehörigen Weise vorzuschützen versäumt hätten. Es fehlte jedoch an Einleitung eines Verfahrens, welches für sie in erkennbarer Weise die Pflicht vollständiger Vertheidigung herbeigeführt hätte.

a. Es ist schon hervorgehoben worden, daß die Requisition des Concursgerichts zu Leipzig, von welcher die jetzt in Frage stehenden Proceßschritte ihren Ausgang genommen haben, eine zweifache Auffassung zuläßt. Im Zweifel muß aber die erste Auffassung, wonach die Requisition nur den Versuch einer mit Zustimmung der Kläger herbeizuführenden Erledigung der Arreste bezweckte, als die richtige angesehen werden, theils weil die Einleitung eines zweiseitigen Proceßverfahrens mittelst Requisition an das Proceßgericht eine ungewöhnliche und formwidrige gewesen wäre und daher als beabsichtigt nicht vorausgesetzt werden kann, theils weil dieselbe mit dem Umstand, daß der Massecurator kurz vorher einem Frankfurter Anwalt für die beiden anhängigen

Processe Vollmacht ertheilt und ihn namentlich autorisirt hatte, die Aufhebung der angelegten Arreste zu erwirken und zu dem Ende alle geeigneten Anträge bei der zuständigen Gerichtsbehörde zu stellen, nur dann in Einklang zu bringen wäre, wenn der Massecurator diese Vollmacht gleichzeitig widerrufen hätte, was doch nicht geschehen ist. Selbst wenn aber bei dem Antrage des Massecurators die bemerkte Absicht obgewaltet hätte, läßt sich doch nicht annehmen, daß die Kläger dieselbe nothwendig hätten erkennen und ihre Vertheidigung danach, wie auf eine Klage oder einen sonstigen processualischen Angriff, hätten einrichten müssen. Vielmehr durften sie unbedenklich die erste Auffassung zu Grunde legen und danach war die einfache Erklärung ihres Widerspruchs gegen die Arrestaufhebung für jetzt genügend.

b. Das Stadtgericht verwies mittelst Decrets vom 16. Juni 1858 die eingegangene Requisition an die Gerichtscommission, damit daselbst die Kläger über die begehrte Aufhebung des Arrestes gehört würden, und es wurde zu diesem Zwecke der Anwalt der Kläger allein vor die Gerichtscommission geladen. Mag es bei dieser Verfügung auch die Absicht gewesen sein, daß die Kläger, falls sie der Aufhebung der Arreste widersprechen wollten, zugleich die Gründe ihres Widerspruchs bei der Gerichtscommission speciell darlegen sollten, so war die Verfügung, indem sie nur auf einseitige Erklärung der Kläger gerichtet war, doch in keiner Weise geeignet, als ordnungsmäßige Einleitung eines contradictorischen Verfahrens zu gelten, die Kläger erkennen zu lassen, daß mehr als eine einfache Erklärung verlangt werde und für sie die processualische Pflicht specieller Begründung ihres Widerspruches herbeizuführen. Hieran konnte dadurch nichts geändert werden, daß die Gerichtscommission am 2. August 1858 in Folge eines von Leipzig eingegangenen Erinnerungsschreibens nachträglich den Klägern eine Frist bei Vermeidung zu verfügender Arrestaufhebung bestimmte.

c. Nach Eingang der hierdurch veranlaßten schriftlichen Erklärung der Kläger ist denselben zwar vom Stadtgerichte durch Verweisung der Sache in die öffentliche Sitzung noch Gelegenheit „zur Begründung und Rechtfertigung des erhobenen Widerspruchs“

gegeben worden. Auch dieser Vorgang steht jedoch den Klägern nicht entgegen. Eine einseitige mündliche Ausführung ist für Fälle der Vertheidigung gegen einen Antrag im Gesetze vom 7. Nov. 1848 nicht besonders vorgesehen. Hält man sich aber an die Analogie der daselbst im §. 10 – 12, 39 ss. getroffenen Bestimmungen, so kann die mündliche Verhandlung doch immer nur zu einer Rechtsausführnng nnd nicht zum Vorbringen von Einreden und ihrer thatsächlichen Begründung bestimmt sein. Da es aber außer Zweifel steht, daß der Antrag des Massecurators beseitigt werden würde, wenn die Kläger aus irgend einem Grunde ein ihnen an dem Arrestobjecte zustehendes Vorzugsrecht nachzuweisen vermöchten, so ist die Möglichkeit thatsächlich zu begründender Einreden gegeben und mit diesen können die Kläger durch den anberaumten Verhandlungstermin nicht für präcludirt erachtet werden.

Bei dieser processualischen Lage der Sache erscheint dieselbe zur Entscheidung über die Aufhebung der Arreste noch nicht spruchreif. Wenngleich daher die bisherigen Acten nicht die mindeste Andeutung ergeben, daß und aus welchem Grunde den Klägern an dem mit Arrest belegten Bankwitz'schen Guthaben bei M. Königswarter ein Recht zustehe, welches die Einziehung des Guthabens zur Concursmasse zu verhindern geeignet wäre, da der Arrest selbst, wie das Oberappellationsgericht in der Bd. II. n⁰ 149 mitgetheilten Frankfurter Sache anerkannt hat, ein solches Recht nicht verleiht, so konnte es doch für jetzt bei der erkannten Aufhebung der Arreste nicht verbleiben und mußte vielmehr dem Massecurator, nachdem er von dem Widerspruche der Kläger durch das dem Concursgerichte mitgetheilte stadtgerichtliche Erkenntniß vom 13. Aug. 1858, sowie durch die Verhandlungen zweiter Instanz bereits Kenntniß erhalten hat, überlassen werden, einen anderweitigen Antrag wegen Aufhebung der Arreste bei dem Stadtgerichte anzubringen.

X.

Julius Lönhold dahier, Kläger
contra
die Ehefrau des Dr. med. J. A. M. Hoffmann, Anna Marg. geb. Spieß dahier, Beklagte.

Die Spieß'schen Rechtsnachfolger verwertheten ein Grundstück als Bauplätze, indem sie von oben nach unten mitten durch das Grundstück eine Straße legten. Nachdem die Plätze verkauft waren, obsiegten die Nachbarn, die Dr. Wolff'sche Erben in dem Bd. 3 n⁰ LI. mitgetheilten Rechtsfalle in Betreff der geltend gemachten Servitut, nach welcher auf dem Spieß'schen, jetzt Dr. Hoffmann'schen Grundstücke kein Gebäude errichtet werden dürfe. Julius Lönhold, der Steigerer eines der Bauplätze, hatte, nachdem er die außergerichtliche Einsprache den Dr. Hoffmann'schen Eheleuten mitgetheilt und diese der Servitut widersprochen hatten, im Einverständniß mit den Hoffmann'schen Eheleuten, den Bau begonnen. Lönhold mußte, nachdem er nahe an fl. 5000 für Bauarbeiten verausgabt hatte, den Bau unterlassen, da die Dr. Wolff'schen Erben in der gegen ihn erhobenen Klage obsiegten. Die Hoffmann'schen Eheleute, denen er litem denuncirte, hatten ihn nicht vertreten. Lönhold stellte nun Klage gegen Frau Dr. Hoffmann auf Rescission des Kaufes, verlangte Rückzahlung des Kaufpreises mit seinen Accessionen, ferner den Ersatz der aufgewendeten Baukosten und eines ihm möglich gewesenen Gewinnes von fl. 5000 (durch Vereinnahmung von Miethgeldern, falls das Haus vollendet worden wäre). Das Stadtgericht erkannte am 11. Febr. 1857:

1. daß der fragliche Kauf zu rescissiren und somit Beklagter schuldig sei, den erhaltenen Kaufpreis sammt Zinsen 2c. an den Kläger zurückzuerstatten;

2. daß Kläger mit den erhobenen Schadensansprüchen auf Ersatz von fl. — für Maurerrechnung, von fl. — für Zimmermannsrechnung, fl. — für Steinmetzarbeit und fl. 5000 wegen entgangenen Gewinnes ab und zur Ruhe zu verweisen sei.

Auf Appellation und beantragte Actenversendung von Seiten des Klägers, erkannte das Spruchcollegium zu Heidelberg am 3. August 1857, daß Kläger zu beweisen habe, daß Beklagte schon zur Zeit des Verkaufs das Vorhandensein der auf dem verkauften Grundstücke lastenden Servitut, wornach auf demselben nicht gebaut werden darf, gekannt und dieselbe arglistig verschwiegen habe, in welchem Falle Beklagte die libellirten Rechnungen der Bauhandwerker sammt Zinsen zu ersetzen habe; — daß, was jedoch die Forderung wegen entgangenen Gewinnes anbelange, die Beklagte dem Kläger soviel zu zahlen habe, als dieser binnen Ordnungsfrist als Betrag dieses Gewinnes zu erweisen vermöchte, jedoch nicht mehr, als die Summe des Kaufpreises beträgt, er könnte denn beweisen, daß Beklagte bei Eingehung des Vertrags sich einer Arglist schuldig gemacht habe, in welchem Falle sie auch über jene Summe hinaus den vollen erwiesenen Betrag des entgangenen Gewinnes zn leisten schuldig sei; — daß jedoch, falls Beklagte den Beweis führen würde, daß Kläger das Vorhandensein der auf dem verkauften Grundstücke lastenden Servitut schon zur Zeit des Verkaufs gekannt habe, Beklagte von sämmtlich erhobenen Schadensansprüchen zu entbinden sei.

Auf beiderseitige Oberappellation erkannte unter Compensation der Hälfte der Kosten 1. Instanz und unter Verurtheilung der Beklagten in die andere Hälfte, sowie unter Compensation der Kosten 2. u. 3. Instanz das Oberappellationsgericht am 19. Mai 1859, daß unter Aufhebung des zweitinstanzlichen Urtheils Beklagte die libellirten Rechnungen der Bauhandwerker mit fl. — sammt Zinsen dem Kläger zu erstatten habe und daß Kläger mit der erhobenen Entschädigungsforderung wegen des ihm ergangenen Gewinnes abzuweisen sei.

25 Nichterfüllung eines dictum et promissum. Actio emti auf id quod interest in Concurrenz mit den ädilitischen Klagen.

Die zweite Instanz sprach sich folgendermaßen aus: Es kann keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß an und für sich betrachtet, die Klage auf vollständigen Ersatz sämmtlicher nutzlos gemachten Verwendungen vollkommen begründet ist. Die Beklagte hat das an den Kläger verkaufte Grundstück ausdrücklich und bestimmt als Bauplatz verkauft, also mit dem ausgesprochenen Zwecke, daß dem Käufer die Aufrichtung eines Gebäudes auf demselben gestattet sei, denn dies geht mit Evidenz aus dem gedruckten Plane, womit die Verkäuferin die vorzunehmende Versteigerung ankündigte, und aus dem Versteigerungs-Protocolle hervor und wird auch von der Beklagten selbst nicht in Abrede gestellt. Nun steht es aber actenmäßig fest, daß der Käufer aus einem schon zur Zeit des Verkaufs vorhanden gewesenen Grunde das erkaufte Grundstück nicht in der von der Verkäuferin zugesicherten Weise als Bauplatz benutzen kann, da ihm durch rechtskräftiges Erkenntniß wegen einer auf dem Grundstück lastenden Dienstbarkeit die Errichtung eines Gebäudes untersagt ist; und so liegt also hier der Fall vor, daß von der Verkäuferin eine bei Abschluß des Vertrags ausdrücklich gemachte Zusage (ein dictum et promissum) nicht erfüllt worden ist. In Fällen dieser Art finden aber nicht bloß die ädilitischen Klagen auf Aufhebung des Vertrags oder Minderung des Kaufpreises Anwendung,

L. 1 §. 1, L. 18. 19 pr. §. 1—4 D. de aed. ed. (21, 1)

sondern es ist auch die actio emti vollkommen begründet;

L. 6 §. 4, L. 13 §. 3 D. de act. emt. (19, 1)
cf. L. 43 pr. D. de contr. emt. (18, 1)

und diese ist bekanntlich immer auf Ersatz des vollen Interesse gerichtet.

L. 60 D. de evict. (21, 2)
L. 17 C. de fide instr. (4, 21)
cf. L. 1 pr. L. 11 §. 9 D. de act. emt. (19, 1)
L. 8 L. 66 §. 3 L. 67. 70 D. de evict. (21, 2)
L. 9 L. 21 L. 23 C. de evict. (8, 45)

Dabei wird auch ganz und gar nicht vorausgesetzt, daß der Verkäufer in dolo versirt, sondern die Klage auf das volle id quod interest ist auch gegen den gutgläubigen Verkäufer begründet, lediglich darum, weil er etwas ausdrücklich versprochen und dennoch nicht erfüllt hat.

cf. leg. citt. u. besond. L. 13 §. 3 cit. — Atqui ignoravit — sed non debuit facile quae ignorabat adseverare.

Wenden wir diese einfachen Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich von selbst, daß der Käufer nicht bloß die Wiederaufhebung des ihm völlig nutzlos gewordenen Kaufs, sondern auch vollständigen Ersatz aller weiteren erweislichen Schäden mit Recht fordert, und es bedarf keiner besonderen Ausführung, daß dahin namentlich und vorzüglich der Ersatz sämmtlicher aufgewendeten Baukosten gehört, deren völlige Nutz- und Zwecklosigkeit sich jetzt herausgestellt hat. — Was die Beklagte gegen diese ihre Haftpflicht eingewendet hat, ist völlig irrelevant. Sie stützt sich nämlich darauf, daß nach bekannten Rechtsgrundsätzen der Verkäufer wegen vorhandener Prädialservituten dem Käufer nur dann verhaftet sei, wenn er entweder ausdrücklich die Freiheit von allen Servituten (einen fundus optimus maximus) versprochen oder vorhandene Servituten arglistig verschwiegen habe; von dem Letzteren könne hier keine Rede sein, da sie selbst die servitus non aedificandi nicht gekannt habe, und das Erstere sei so wenig der Fall, daß vielmehr ausdrücklich unter n°. 9 der Steigerungsbedingnisse erklärt sei, daß der verkaufende Theil keine Gewährleistung wegen Mängel oder sonstiger unbekannten Beschwerden der Liegenschaften übernehme. Wir haben nicht nöthig für den vorliegenden Fall auf die berühmte Controverse über die Haftpflicht des Verkäufers wegen vorhandener Realservituten näher einzugehen, indem ganz unabhängig von dieser Streitfrage von allen anerkannt wird, daß dann, wenn der Verkäufer die Freiheit von einer gewissen Servitut bestimmt zugesichert hat, er dafür unbedingt einstehen muß, einerlei, ob er sie gekannt oder nicht gekannt hat. Dies ist nun hier der Fall, denn, indem die Verkäuferin das Grundstück ausdrücklich als Bauplatz feilgeboten und verkauft hat, hat sie so bestimmt, wie möglich, die Freiheit von der servitus non aedificandi zugesichert, und der unter n°. 9 der Versteigerungsbedingungen ausgesprochene Vorbehalt kann und darf also natürlich auf diese Servitut unter keiner Voraussetzung bezogen werden.

Das Oberappellationsgericht sprach Folgendes aus:

Es genügt — im Allgemeinen eine Verweisung auf die Gründe der vorigen Richter. Was Beklagte zur Widerlegung dieser Gründe in gegenwärtiger Instanz vorgebracht hat, ist unhaltbar.

1. Die Behauptung, das fragliche Grundstück sei nicht bestimmt als Bauplatz verkauft worden, bedarf nach Ansicht der Verkaufsbedingungen — — — keiner besonderen Widerlegung.

2. Wenn Beklagte auszuführen sucht: in dem Verkaufe eines Grundstücks als Bauplatz liege nicht ohne Weiteres auch die Zusicherung, daß der verkaufte Platz frei von jeder das Bauen verhindernden Servitut sei, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Es kommt nicht darauf an, ob die Zusage expressis verbis auf die Servitutenfreiheit geht, sondern genügt, daß eine solche Beschaffenheit des Grundstücks versprochen ist, mit welcher die Existens einer Servitut, sei es überhaupt, sei es einer gewissen Gattung, unvereinbar ist.

cf. L. 48. 75 D. de evict. (21,2)

L. 59 D. de contr. emt. (18,1)

3. Die Ansicht der Beklagten endlich, daß auf Grund der fraglichen Zusage nur Rescission des Kaufs, nicht Ersatz der aufgewandten Baukosten gefordert werden könne, findet in den Ausführungen der vorigen Richter, denen zufolge der Käufer in einem Falle der vorliegenden Art mit der actio emti den Ersatz seines gesammten Interesse zu fordern berechtigt ist, ihre Widerlegung.

cf. insbes. L. 43 med. verb. „de sumtibus" D. de act. emt. (19,1)

Wollte man aber die von der actio emti geltenden Grundsätze hier zur Anwendung zu bringen deßhalb Anstand nehmen, weil die vorliegende Klage zu einer Zeit angestellt worden ist, wo die Eviction durch rechtskräftige Entscheidung noch nicht eingetreten war, und in einem solchen Falle der Käufer mit der Contractsklage regelmäßig noch nicht auf Restitution des Kaufpreises u. s. w., sondern nur auf processualische Vertretung zu dringen befugt ist,

L. 74 §. 2 D. de evict. (21,2)

Jurist. Abhandl. I. 14 p. 230. 231

so kann doch der Anspruch auch aus dem ädilitischen Gesichtspuncte

des dictum promissum aufgefaßt und aufrecht erhalten werden. Unter Anderm läßt hierüber L. 61 D. de aed. ed. (21, 1) keinen Zweifel, wenngleich hier — weil das der gewöhnlichste Fall bei Passivservituten sein wird — lediglich an die actio quanti minoris gedacht worden ist. Die einzelnen Petita der Klage stimmen auch mit diesem Gesichtspuncte überein, nämlich

a. Rückzahlung der auf den Kaufpreis eingezahlten fl. — und Zinsen;

L. 29 §. 2 eod.

b. Befreiung von der der Verkäuferin gegenüber übernommenen Verbindlichkeit und Hypothek in Ansehung des Restkaufschillings;

L. 29 §. 1 h. t.

c. Erstattung der emtionis causa erogata;

L. 27 eod.

d. Vergütung der erlittenen damna und impensa;

L. 29 §. 3 eod.

26. Klage auf Schadenersatz. Exceptio propriae culpae.
(Bd. II. n°. 213.)

Die Einrede eigener Verschuldung*) erachteten die vorigen Richter, ebenso wie das Stadtgericht für begründet

*) Das Stadtgericht erkannte: Kläger gesteht zu, schon im März 1856 von dem Einspruche der Dr. Wolff'schen Erben Kenntniß gehabt zu haben. — — Wenn er unter diesen Umständen trotzdem noch im Juni 1856 den Bau wirklich begann, wenn er nicht vielmehr sofort nach jenem Bauverbote mit allen etwa schon im Werke begriffenen Vorarbeiten dazu Einhalt machen ließ, so überschritt er hierbei die Grenzen der einem Jeden obliegenden Vorsicht und handelte von da an auf seine eigene Gefahr; nicht mehr brauchte für das Weitere die Beklagte ihm einzustehen, gegen welche Kläger vielmehr nach den bei dem Kaufe geltenden Vorschriften des guten Glaubens verpflichtet gewesen wäre, weiteren möglichen Schaden ihr nicht selbst erst noch herbeizuführen, sich vielmehr mit ihrer Verhaftung für allen schon erwachsenen und unvermeidlich künftig noch entstehenden Schaden begnügen zu lassen. Er mußte um so mehr mit dem Beginne des Baues einhalten, als es ihm ja rechtlich zustand, wenn das Bauverbot wieder aufgehoben worden wäre, gegen dessen Impetranten jeden aus der Verzögerung des Baues ihm erwachsenen Schaden sofort geltend zu machen.

und liquid. Sie weichen nur darin von letzterem ab, daß sie dem Kläger noch den Beweis einer replica doli nachlassen. Gegen jene Beurtheilung der Exception ist die Beschwerde des Klägers gerichtet, welcher verlangt, daß die Einrede als unbegründet verworfen und er folgeweise mit einem Replikenbeweise nicht weiter belastet werde, und dieser Beschwerde mußte entsprochen werden (wodurch der von den vorigen Richtern dem Kläger auferlegte Replikenbeweis, ebenso wie der der Beklagten nachgelassene specielle Gegenbeweis von selbst wegfällt). Allerdings ist

1. im Allgemeinen die Statthaftigkeit einer exceptio propriae culpae in Verhältnissen der vorliegenden Art nicht zu bezweifeln. Der rechtliche Grund derselben liegt aber nicht sowohl darin, daß der Käufer in seiner eigenen Angelegenheit die Pflichten eines bonus paterfamilias versäumt hat, als vielmehr darin, daß die Angelegenheit materiell (der Regreßpflicht wegen) zugleich eine Angelegenheit des Verkäufers war und die bona fides den Käufer verpflichtete, auch die Interessen seines Mitcontrahenten, soweit dies unbeschadet der eigenen Interessen möglich war, zu berücksichtigen. Hierin liegt denn zugleich der Maßstab für eine anzunehmende culpa des Käufers. Nicht wie er als bonus paterfamilias gehandelt haben würde, wenn er keinen Regreß gegen den Verkäufer gehabt hätte, sondern nur das kann das Entscheidende sein, wie er, gerade mit Rücksicht auf die Regreßpflicht des Verkäufers, als redlicher Mann handeln mußte, um mit der vollen Wahrung der eigenen die möglichste Schonung der Interessen des Anderen zu vereinigen. Und hier ist es denn von vorn herein klar, daß der Käufer in allen Fällen durch den Consens des Verkäufers gedeckt wird. Mehr kann er nicht thun, als daß er diesen selbst zum Richter darüber macht, was geschehen soll, und so handelt, wie derjenige, der ihm zum Regresse verpflichtet ist, es unter den obwaltenden Umständen für angemessen erachtet. Von dieser Grundlage ausgehend kann

2. in concreto eine culpa des Klägers nicht angenommen werden. Es ist hier vor allen Dingen festzuhalten, daß der Anspruch nicht sowohl in der Verschweigung der Servitut, als vielmehr in der besonderen Zusage der Servitutfreiheit seine

rechtliche Grundlage hat. Nun läßt sich schon dafür viel sagen, daß, wenn die Beklagte — wie dies wenigstens hinsichtlich der Verträge von 1818 zugestandener Maßen der Fall gewesen ist — zur Zeit des Verkaufs die betreffende Clausel bereits gekannt und gleichwohl den Platz als Bauplatz verkauft hat, darin insbesondere auch die Zusage gefunden werden muß, daß durch jene Clausel eine die Bebauung des Platzes verhindernde Servitut nicht begründet sei. Und geht man von dieser Grundlage aus, so könnte den Kläger der Vorwurf, daß er durch den Beginn des Baues sich der Beklagten gegenüber einer culpa schuldig gemacht, nur etwa dann treffen, wenn sich die Umstände inzwischen dergestalt geändert hätten, daß er zu der Annahme veranlaßt gewesen wäre, Beklagte würde, sofern ihr die damalige Sachlage schon zur Zeit des Verkaufs bekannt gewesen wäre, die fragliche Zusage nicht gemacht haben. Eine solche Aenderung war aber nicht eingetreten. Die Wolff'schen Erben hatten allerdings außergerichtliche Einsprache gegen den Bau erhoben und Kläger konnte, nach ihrem gegen Walluf eingeschlagenen Verfahren, nicht daran zweifeln, daß sie, wenn er zum Bauen schreite, gegen ihn klagbar werden würden. Allein die fragliche Clausel war schon vor dem Verkaufe des Bauplatzes an den Kläger Gegenstand von Processen gewesen. Kläger durfte daher voraussetzen, Beklagte habe die Möglichkeit, daß einer der Nachbarn auf Grund jener Clausel gegen Bebauung des Platzes die Hülfe der Gerichte anrufen werde, nicht verkannt, ihn aber im Voraus autorisirt, auf diese Gefahr hin den Bau zu unternehmen. — Es kann aber von der fraglichen Grundlage hier ganz abstrahirt werden. Kläger ist seinen Pflichten gegen die Beklagte jedenfalls dadurch vollständig nachgekommen, daß er dieselbe von der Einsprache der Wolff'schen Erben benachrichtigt hat und zur Bebauung des Platzes erst geschritten ist, nachdem dieselbe sich hiermit einverstanden erklärt hatte. Wenn Kläger — und soviel hat Beklagte ausdrücklich zugestanden — die schriftliche Einsprache der Wolff'schen Erben der Beklagten überbrachte und diese die Erwiederung darauf durch ihren Anwalt verfassen ließ, so ist es klar, daß Beides mit Rücksicht auf die eventuelle Regreßpflicht der Beklagten geschehen ist; und wenn dieselbe im Zusammenhange

hiermit, damals dem Kläger bemerkt hat, „er solle sich nicht irre machen lassen," so liegt darin nicht bloß eine Einwilligung, sondern sogar eine Aufforderung und Ermunterung dazu, daß trotz der Einsprache mit dem Bau begonnen werde, und die Beklagte kann dem Kläger nicht vorwerfen, daß er durch Befolgung ihrer Aufforderung einer **culpa** gegen sie sich schuldig gemacht habe.

27. Schadensersatz. Ersatzforderung wegen entgangenen Gewinnes. Dessen Ungewißheit und Unbestimmtheit.

Der auf die Ersatzforderung wegen entgangenen Gewinnes sich beziehende zweite Theil der **sententia a qua** ist von der Beklagten — — angefochten, indem sie die Zurückweisung auch der hier in Rede stehenden Forderung beantragt. Sie stützt dieses Verlangen

1. darauf, daß **in concreto** eine Klage auf das Interesse überhaupt nicht begründet sei. In dieser Beziehung genügt es jedoch auf die Ausführung oben unter n⁰ 25 und die appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe **sub. II. 1** *) zu verweisen;

*) In diesen Gründen heißt es: daß im Allgemeinen derjenige, welchem eine begründete Interesse-Forderung zusteht, nicht bloß einen Anspruch auf Entschädigung wegen erlittener Vermögensverminderung, sondern auch wegen unterbliebener Vermögensvermehrung hat, kann schon aus allgemeinen Gründen nicht füglich bezweifelt werden; denn augenscheinlich ist der eigentliche Schaden in beiden Fällen ganz derselbe, da in beiden Fällen gleichmäßig Jemand in Folge des beschädigenden Ereignisses Etwas nicht hat, was er ohne dasselbe haben würde — und wird überdies auch mehrfach in unseren Gesetzen klar ausgesprochen (cf. z. B. L. 13 pr. D. rat. rem hab. (46, 8) L. 7 C. arb. tut. (5, 51) L. un. C. de sent. quae pro eo (7, 47), ferner L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2) L. 2 §. 8 D. de eo quod cert. loc. (13, 4) L. 33 D. loc. (19, 2) L. 11 pr. D. ad S. C. Tert. (36, 1) L. 3 §. 11 D. ne quid in loc. publ. (43, 8) L. 1 §. 41 D. de vi et vi arm. (43, 16). Wenn deßungeachtet nicht Wenige eine Haftpflicht wegen **lucrum cessans** nur mit mancherlei Unterscheidungen annehmen wollen und sich dafür besonders auf L. 71 D. de furt. (47, 2) berufen, so ist dies ganz unzulässig: die Stelle redet nicht vom Schadensersatze, sondern es soll dort nur das Interesse bestimmt werden, welches erforderlich ist, um die **actio furti** anzustellen, und dazu soll

2. auf die gänzliche Ungewißheit und Unbestimmtheit des angeblichen Verdienstes, welcher durch Nichtbauen entgangen sein soll — und hierin mußte derselbe allerdings beigetreten werden. Die von den vorigen Richtern aus den Quellen angezogenen Beispiele**) sind sämmtlich der Art, daß das Subject oder Object, durch welches der Gewinn zu machen, bereits vorhanden war und es nur der regelmäßigen Thätigkeit, resp. Benutzung desselben bedurfte, um einen Verdienst zu erzielen. Hier wird allerdings auf die Möglichkeit, daß durch besondere Zwischenereignisse der Gewinn doch vereitelt werden könnte, keine Rücksicht genommen. Ganz anders verhält es sich aber im vorliegenden Falle, wo das Haus, durch dessen Vermiethung etwas zu verdienen gestanden haben würde, erst noch erbaut werden sollte, also eine vorgängige

---

das improbum lucrum, welches Jemand durch die usucapio pro herede (Gaj. II, 55) hätte machen können, nicht ausreichen. cf. Vangerow Pand. 6. Aufl. Bd. III p. 44; Mommsen, zur Lehre von dem Interesse. Braunschw. 1855. p. 134 ss. Nußbauer über das Maß des Schadensersatzes. Zür. 1855. p. 12 ss.

Es muß demnach unzweifelhaft die allgemeine Regel aufgestellt werden, daß Jeder, welcher das id quod interest zu fordern berechtigt ist — einerlei, ob gerade eine Arglist des Beschädigten vorliegt oder nicht — auch das lucrum cessans geltend machen kann, und wenden wir diese Regel auf Entschädigungsansprüche an, welche wegen unterlassener oder ungehöriger Contractserfüllung begründet sind, so darf dieselbe nicht so ausgedrückt werden, wie dies von Manchen irrthümlich geschieht, daß man Ersatz fordern könne für den Gewinn, welchen man ohne den Vertrag gemacht haben würde, sondern vielmehr so, daß man Ersatz für jeden Gewinn ansprechen kann, welchen man in Folge des Vertrags gemacht haben würde, wenn derselbe in gehöriger Weise erfüllt worden wäre. Eine schlagende Anwendung hiervon kommt z. B. für den Kaufvertrag in L. 8 D. de evict. (21, 2) vor. — — — —

**) L. 23 pr. D. ad leg. Aq. (9, 2); L. 11 D. ad exh. (10, 4). L. 3 D. de cond. furt. (13, 1); L. 8 D. de evict. (21, 2). L. 63 D. ad leg. Falcid. (35, 2); L. 3 D. si quadrup. (9, 1); L. 7 D. ad leg. Aquil. (9, 2); L. ult. D. de his qui dej. (9, 3); ferner in Bezug auf Miethgelder: L. 62 D. de rei vind. (6, 1); L. 19 D. de us. (22, 1); L. 39 §. 1 de leg. I; L. 5 C. de rei vind. (3, 32).

außerordentliche Thätigkeit des Klägers erforderlich war, von deren Beschaffenheit und Erfolg erst die Möglichkeit desjenigen Gebrauchs abhing, mittelst dessen der Gewinn zu erzielen wäre. — Hier erscheint die Analogie der

L. 19 D. de pericul. (18,6)

völlig zutreffend. Nur der unmittelbar entzogene Gewinn kann in Betracht kommen, nicht aber das, was, wenn diese Entziehung nicht Statt gefunden hätte, weiter damit etwa zu verdienen gewesen wäre. Es versteht sich, daß man unter Umständen entgangene Miethgelder einklagen kann, aber nur dann, wenn bereits die factische Basis hierfür vorhanden und nicht selbst erst und zugleich den Gegenstand der Entschädigungsforderung des Klägers bildet.

28. Rescission des Kaufes. Ersatz des Gesammtinteresses ohne Rücksicht auf den Werth der Sache bei dolus und culpa lata des Verkäufers.

Beklagte verlangt noch, daß ausgesprochen werde, die gesammte von ihr dem Kläger sowohl für aufgewandte Baukosten als für entgangenen Gewinn zu leistende Entschädigung dürfe den Betrag der Kaufsumme mit fl. — nicht übersteigen. Diese Beschwerde behält ihre Bedeutung, obgleich der Entschädigungsanspruch wegen entgangenen Gewinnes zurückgewiesen wird, da die Gesammtsumme der Baukosten (fl. —) mehr beträgt, als das Kaufgeld. Sie ist aber unbegründet.

Daß die Vorschrift in

L. un. C. de sent. quae pro eo (7,47)

nicht nur auf das lucrum cessans, sondern auch auf das damnum emergens geht, ist im Allgemeinen nicht zu bezweifeln. Wohl aber ließe sich fragen, ob die Anwendung jener Vorschrift nicht da cessiren müsse, wo der Schaden nicht die unmittelbare Folge der Vertragswidrigkeit ist und gewissermaßen eine natürliche Accession des Verlustes resp. der Unzulänglichkeit des Vertragsobjects bildet,

cf. Vangerow Lehrb. §. 571. Anm. 4. sub. I. 1 (III. p. 51)

sondern wenngleich im ursachlichen Zusammenhange mit der Vertragswidrigkeit stehend, doch, wie der vorliegende, eine durchaus selbstständige Natur hat. Es kommt jedoch hierauf nicht an. Denn

den vorigen Richtern muß nicht nur darin beigetreten werden, daß die Beschränkung auf das alterum tantum wegen dolus des Verkäufers cessire, sondern es muß mit

Glück Commentar Bd. 20 p. 93. 89

dem Falle, wo der venditor die ihm bekannten Fehler der Sache wissentlich verschwieg, derjenige gleich gestellt werden, wo der Verkäufer zwar unwissentlich, aber leichtsinnig versicherte, daß die Sache keinen Fehler habe, ein Fall, wie ihn besonders treffend

L. 13 §. 3 D. de act. emt. vend. (19, 1)

hervorgehoben. Dies Letztere aber trifft hier zu, wo die Beklagte den fraglichen Platz als Bauplatz verkauft hat, obgleich sie wußte, resp. hätte wissen können und sollen, daß in den älteren Verträgen eine Clausel existire, welche die rechtliche Möglichkeit der Bebauung des fraglichen Platzes wenigstens zweifelhaft mache.

XI.

Salomon Teblée dahier, Kläger

contra

Dr. Emil Preetorius dahier, Beklagten.

Auf eine von Teblée angestellte Wechselklage excipirte der Beklagte Dr. E. Preetorius, daß ihm L., der Trassant, gesagt habe, Kläger wolle ihm, dem L., gegen Deponirung dreier mit dem Accepte des Beklagten und einem Indossamente seines Bruders, Carl Preetorius, versehener Wechsel à fl. —, behufs Berichtigung der verfallenen Forderung einer beiderseitigen Verwandten, auf einige Tage die Hälfte der Wechselsumme vorschießen und er, L., werde die drei Wechsel spätestens binnen 14 Tagen durch Rückzahlung der dargelehnten Summe an den Kläger auslösen; — daß neben dieser exceptio doli Kläger ihm versprochen

habe, die Einlösung des Wechsels niemals von ihm verlangen zu wollen.

Das Stadtgericht verwarf am 26. Februar 1858 die exceptio doli, verfügte die Hinterlegung des Wechselbetrags und verstellte die Einrede aus dem pacto de non petendo, sie in das ordentliche Verfahren verweisend, zum Beweise. Dieses Urtheil wurde vom Appellationsgericht am 28. April 1858 bestätigt, dagegen unter Compensation der Kosten 2. und 3. Instanz vom Oberappellationsgerichte am 21. Mai 1859 dahin abgeändert, daß Beklagter auch mit der unter 1. seiner Vernehmlassung erster Instanz vorgebrachten exceptio doli in den Weg des ordentlichen Verfahrens zu verweisen und ihm in diesem eine schließliche Erklärung auf das betreffende replicarische Vorbringen des Klägers nachzulassen sei.

29. Befugniß des Richters, die rechtlichen Consequenzen aus dem schließlichen Vortrag einer Parthei zu Gunsten der andern zu ziehen. Legitimation des Wechselklägers durch ein Indossament.

Die erste Beschwerde, daß Kläger nicht auf Grund seiner Erklärung, daß er den klagend geltend gemachten Anspruch im Interesse des J. verfolge, mit der Klage zurückgewiesen worden, kann zwar

1. nicht deßhalb unberücksichtigt bleiben, weil Beklagter in 1. Instanz die Einrede fehlender Activlegitimation in der fraglichen Richtung nicht vorgeschützt hat. Es handelt sich hier um eine aus dem eigenen replicarischen Vorbringen des Klägers zu ziehende rechtliche Consequenz und hierzu ist der Richter selbst ohne besonderen Antrag des Beklagten und jedenfalls dann befugt, wenn der Letztere bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit — und diese war, da in erster Instanz eine Duplikhandlung nicht nachgelassen worden, die Appellationsschrift — sein deßfallsiges Verlangen ausgesprochen hat. Dagegen ist die Beschwerde

2. materiell grundlos. Kläger ist durch die auf dem Wechsel befindlichen Indossamente Eigenthümer des Wechsels im Sinne der deutschen Wechselordnung geworden und als solcher zur Einziehung der Wechselsumme befugt.

Deutsche Wechselordnung art. 36.
cf. Präjudicat in Bd. III. n⁰ 157.

Ob er das Erhaltene vermöge eines zwischen ihm und einem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses an diesen herauszugeben hat, ist für seine Legitimation zur Anstellung der Wechselklage gegen den Acceptanten ganz indifferent.

arg. Deutsche Wechselordnung art. 17.
cf. Fr. S. Wertheimber c. Böhmer 1832.

30. Bestimmt formulirte Beschwerden in der Appellationsinstanz.

Die zweite Beschwerde, daß die exceptio doli verworfen und ihr nicht der entsprechende Erfolg zugestanden worden, darf nicht deßhalb verworfen werden, weil Beklagter nicht näher angegeben hat, in welcher Weise auf Grund dieser Beschwerde das angefochtene Erkenntniß abzuändern sei. Es ist, wenn die Einrede zur Berücksichtigung geeignet befunden wird — je nach deren Liquidität oder Illiquidität — nur ein Doppeltes möglich: Klagabweisung oder Verweisung der Einrede in den Weg des ordentlichen Proceßverfahrens; und kann kein Zweifel darüber obwalten, daß Beklagter wo möglich das erstere, eventuell das letztere Resultat bezweckt.

31. Einreden im Wechselproceß. Exceptio doli bei einem noch nicht in Umlauf gesetzten Wechsel durch Betheiligung eines Dritten an dem dolus des Ausstellers.

(In Betreff der Verwerfung der exceptio doli ist) eine materielle Beurtheilung der Beschwerde geboten.

1. Anlangend die rechtliche Zulässigkeit und factische Begründung der vorgeschützten exceptio doli, so kann sich, nach §. 82 der Deutschen Wechselordnung, der Wechselschuldner nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Daß die vorliegende Einrede nicht unter die erste jener beiden Kategorien fällt, ist klar. Es handelt sich nur um die zweite: „Einreden, welche dem Wechselschuldner unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen", womit, wie das Oberappellations-

gericht anerkannt hat, nichts anders hat ausgesprochen werden sollen, als was auch in dem beibehaltenen art. 91 der Frankfurter Prov. Pr. Ordng. bestimmt war: daß keine ex persona vel facto indossantis hergenommene Einreden gegen dessen Nachmänner zuzulassen seien.

Präjudicat Bd. I. n⁰ 91.

Die betrügerischen Vorstellungen, durch welche Beklagter zum Accepte verleitet worden sein will, sollen darin bestanden haben, daß ihm L., der Trassant, gesagt, Kläger wolle ihm, dem L., gegen Deponirung dreier mit dem Accepte des Beklagten und einem Indossamente seines Bruders, des Carl Preetorius, versehener Wechsel à fl. 1000, behufs Berichtigung der verfallenen Forderung einer beiderseitigen Verwandten, auf einige Tage fl. 1500 vorschießen und er, L., werde die drei Wechsel spätestens binnen 14 Tagen durch Rückzahlung der fl. 1500 an den Kläger auslösen.

Daß aus diesem Hergange dem L., wenn er — etwa nach Durchstreichung der Indossamente — aus dem Accepte hätte klagen wollen, eine Einrede entgegengestanden haben würde, unterliegt keinem Zweifel. Und zwar hätte diese Einrede nicht nur auf das implicite gegebene Versprechen, die Wechselsumme nicht vom Beklagten fordern zu wollen, sondern auch auf den betrügerischen Mißbrauch des von dem Letzteren, dem L., geschenkten Vertrauens gegründet werden können, der darin liegt, daß der Zweck, zu welchem allein das Accept dienen sollte, entweder von Anfang an ein bloß vorgespiegelter gewesen oder doch nicht verfolgt, vielmehr der Wechsel in ganz anderer Weise zum Nachtheile des Beklagten benutzt worden ist.

Dem Kläger, als Indossatar, gegenüber, greift jedoch diese zunächst in der Person des Ausstellers begründete Einrede nur dann Platz, wenn er als Theilnehmer des gegen den Beklagten verübten Betruges angesehen werden kann.

Das Appellationsgericht ist nun der Ansicht, daß die Einrede in dieser Richtung in erster Instanz genügend begründet worden sei durch die Behauptung: Kläger habe nach der in Betreff des fraglichen Betrugs ihm gewordenen Mittheilung den Wechsel ohne Zahlung einer Valuta an sich gebracht und beabsichtige sich

somit zu des Beklagten Schaden zu bereichern; daß Beklagter jedoch in zweiter Instanz gerade umgekehrt, theils ausdrücklich, theils stillschweigend anerkannt habe, Kläger handle nur im Interesse des J. und dem letzteren solle der volle Betrag der eingehenden Wechselsumme zur Berichtigung einer ihm an den Aussteller zustehenden rechtmäßigen Forderung ausgeliefert werden; und daß auch durch diese Thatsachen die Annahme eines dolus des Klägers ausgeschlossen werde. Diese Conclusion darf vorläufig dahingestellt bleiben, da die Voraussetzung, an welche dieselbe sich knüpft, nicht getheilt werden kann. Wenn Beklagter in voriger Instanz verlangt, daß Kläger auf Grund seiner eigenen Behauptung, er handle bei der ganzen hier fraglichen Angelegenheit im Interesse des J., zurückgewiesen werde, so liegt darin in keiner Weise das Anerkenntniß der Wahrheit dieser Behauptung. Eben so wenig kann ein fingirtes Zugeständniß unterstellt werden. Beklagter hat in erster Instanz gar keine Gelegenheit gehabt, sich auf die betreffenden Behauptungen des Klägers zu erklären. In zweiter Instanz durfte er dies allerdings thun, allein eine processualische Pflicht, sich auf die Replikhandlung, und zwar sub praejudicio confessi, einzulassen, bestand für ihn nicht, die Annahme eines stillschweigenden Zugeständnisses endlich findet in den concreten Verhältnissen überall keine Begründung. Beklagter hat sich vielmehr — was nicht einmal nöthig war — gegen eine solche dadurch verwahrt, daß er die Verbindlichkeit, welche Kläger gegen J. übernommen haben will, als eine „angebliche", das Geschäft zwischen Beiden als ein „nunmehr zum Vorwand genommenes" bezeichnet hat. Es muß hiernach bei Prüfung der Einrede von der Replik des Klägers abstrahirt und lediglich die Darstellung des Beklagten zu Grunde gelegt werden. — Anlangend nun

a. Die hier in Betracht kommenden Rechtsgrundsätze im Allgemeinen, so ist es klar und Beklagter selbst geht davon aus, daß es dem Wechselinhaber nicht zum Nachtheile gereichen kann, wenn er nach dem Erwerbe des Wechsels von dem durch Einen seiner Vormänner verübten Betruge Kenntniß erhält. Auch darin muß dem Appellationsgerichte beigetreten werden, daß ein Indossatar nicht schon ohne Weiteres deßhalb, weil er zur Zeit des

Erwerbes des Wechsels von dem durch den Aussteller gegen den Acceptanten verübten Betruge Wissenschaft hatte, als Theilnehmer an diesem Betruge anzusehen ist. Wenn der Wechsel bereits in Umlauf gesetzt und so ein durch die exceptio doli aus der Person des Ausstellers nicht mehr zu beseitigendes Klagerecht vorhanden ist, so braucht Niemand — auch wenn er von jenem Betruge Kenntniß erhält — Anstand beim Erwerb zu nehmen. Für den Acceptanten ist es ganz einerlei, ob der gegenwärtige Inhaber, der den Wechsel bona fide erworben, ihn behält oder ob derselbe in andere Hände kommt. Es fehlt also der Handlung des neuen Erwerbers an der zum Thatbestande des Betruges erforderlichen Beschädigung des Wechselschuldners, resp. der auf eine solche gerichteten Absicht. Anders verhält sich aber die Sache, wenn der Wechsel nicht bereits in Umlauf gesetzt ist, sondern sich noch in den Händen des Ausstellers findet. — Hier ist gerade die Begebung von Seiten des Ausstellers, dessen Klage die exceptio doli entgegengestellt werden könnte, an einen Dritten, dem diese Einrede an und für sich nicht entgegensteht, das factum, durch welches der Acceptant in die nachtheilige Lage versetzt wird, den Wechsel bezahlen zu müssen, und wer den Erwerb mit Kenntniß dieser Sachlage vornimmt, dem kann, wenn er hiernächst die Wechselsumme einziehen und solchergestalt dem verübten Betruge erst seinen reellen Effect verschaffen will, die exceptio doli opponirt werden.

b. Prüft man nach diesen Grundsätzen das Exceptional-Vorbringen, so enthält dasselbe

α. die Behauptung: Kläger habe den Wechsel erst mehrere Tage vor der Verfallzeit (medio December 1857) und nachdem er die unter γ. näher in Betracht zu ziehende Unterredung mit dem Beklagten gehabt, erworben. — Diese Behauptung ist dadurch nicht widerlegt, daß das auf den Namen des Klägers lautende Indossament ein viel früheres Datum (vom 15. Oct.) trägt. Die Ausstellung des Indossaments wird zwar der Regel nach mit dem Erwerbe des Wechsels von Seiten des Indossatars zusammenfallen. Aber nothwendig ist dies nicht und vorliegend geht auch die Darstellung des Klägers dahin, daß er den Wechsel erst einige

Zeit nach der Indossirung desselben auf ihn (wenngleich vor der fraglichen Unterredung mit dem Beklagten) erworben haben will.

β. Der Auffassung des Appellationsgerichts, daß der Wechsel zur Zeit, als ihn Kläger erworben, ein bereits in Umlauf gesetzter gewesen sei, kann nicht beigetreten werden. Nach der Darstellung des Beklagten, mit welcher auch der Kläger übereinstimmt, war das Giro des Carl Preetorius nur zu mehrerer Sicherheit und behufs leichterer Discontirung des Wechsels vollzogen worden. Disponent war L geblieben, der den mit diesem Giro versehenen Wechsel in Händen behielt und dem Kläger, auf dessen Namen dasselbe lautete, anbot; und erst durch Annahme des Wechsels von Seiten des Klägers wurde derselbe, wenn man nicht zur Durchstreichung des Indossaments des Carl Preetorius schreiten und dadurch dem Wechsel einen Theil seines Credits entziehen wollte, ein brauchbares Papier. Daß der Wechsel nicht dadurch in Umlauf gekommen war, daß ihn dritte Personen im Besitze gehabt, bedarf keiner Ausführung.

γ. Die Behauptung, daß Kläger durch eine dem Erwerbe des Wechsels vorausgegangene Unterredung mit dem Beklagten von dem gegen den Letzteren verübten Betruge Kenntniß erhalten habe, läßt sich — wenigstens nothdürftig — in dem Exceptional-Vorbringen finden. Bleibt man bei dem Wortlaute dieses Vorbringens stehen, so hätte allerdings Beklagter dem Kläger nur im Allgemeinen mitgetheilt, „das fragliche Wechselversprechen sei ein durch L. auf betrügerische Weise erschwindeltes," und es ist mehr als zweifelhaft, ob eine solche Mittheilung ausreichte, um dem Kläger die Ueberzeugung zu verschaffen, daß er sich durch Erwerb und Verfolgung des Wechsels an einem Betruge betheiligen würde; indem Niemandem zugemuthet werden kann, einer derartigen Eröffnung, durch welche der Mittheilende von einer übernommenen Verbindlichkeit loszukommen bezweckt — zumalen dann, wenn dieselbe gar keine speciellen Thatsachen, sondern nur die Conclusion, daß ein Betrug verübt sei, enthält — ohne Weiteres Glauben zu schenken. Allein, wenn man die Erzählung des Beklagten in ihrem Zusammenhange betrachtet, so kann man kaum zweifeln, daß derselbe hat behaupten wollen, seine Mittheilung

habe sich auch auf die Specialitäten des verübten Betrugs erstreckt und der Kläger habe dieselbe als wahr entgegengenommen und anerkannt.

δ. Nach der Darstellung des Beklagten hat Kläger den Wechsel, für den er Nichts bezahlt, nicht von L., sondern von M. erhalten. Wie dieser in den Besitz gekommen ist, ist nicht näher angegeben; ebensowenig unter welchem Titel, resp. mit welcher Zweckbestimmung der Wechsel dem Kläger überlassen worden. Indessen kann hierin kein wesentlicher Mangel der Darstellung gefunden werden. Es genügt nach dem, was oben unter a und b β bemerkt worden, an sich zur Begründung der exceptio doli gegen den Kläger, wenn derselbe den Wechsel mit dem Bewußtsein des verübten Betruges und in der Absicht, ihn gegen den Beklagten zu realisiren, an sich gebracht hat, ohne daß es darauf ankommt, ob er die eingegangene Wechselsumme für sich zu behalten oder dem L. oder einer der beiden weiter namhaft gemachten Personen zukommen zu lassen gedachte.

2. Von Liquidität der Einrede kann nicht die Rede sein. — — — Es muß also eine Verweisung in den Weg des ordentlichen Verfahrens eintreten und in diesem, da Kläger eine von der beklagtischen wesentlich verschiedene Sachdarstellung geliefert hat, dem Beklagten zunächst noch eine Erklärung hierüber nachgelassen werden.

32. Qualificirtes Geständniß. Beweislast.

Es würde nach richtiger Theorie selbst in einem Falle, wie ihn der Appellant hier supponirt, derjenige, der den unbedingten Abschluß des Geschäfts behauptet, den Beweis des von ihm angegebenen Sachverhalts zu führen haben.

cf. Präj. Bd. III n°. 299.

XII.

Margaretha Berlt, geb. Müller, früher verehel. Pfeffer, Klägerin

contra

Johann Conrad Kühn & Ehefrau Dorothea geb. Pfeffer, Beklagte.

Die Klägerin hatte zu beweisen, daß sie den Beklagten im März 1855 mehr als fl. 140. und wie viel mehr bis zum Belaufe von fl. 400. im Ganzen dargeliehen habe. Auf geführte Beweisverhandlung erkannte das Stadtgericht auf den den Beklagten zugeschobenen Eid, während das Appellationsgericht die Klägerin zum Erfüllungseide zuließ. Das Oberappellationsgericht stellte am 30. Mai 1859 das stadtgerichtliche Urtheil wieder her.

33. Schwiegersohn als Zeuge.

Es kommt hinzu, daß den beiden Schwiegersöhnen der Klägerin, wenngleich sie, zumal in der vorliegenden Familiensache keine unzulässigen Zeugen sind,

Ref. I. tit. 33 art. 4—7 & 14.
Bender Proceß §. 58 nte. 4 p. 127.
Präj. Bd. II n⁰. 226.
„ Bd. III n⁰. 57.

wegen der eventuellen Erbtheile ihrer Ehefrauen ein, wenngleich nur entferntes Interesse an der vorliegenden Sache beigemessen werden muß.

34. Indirecte Beweisführung verlangt höheren Grad der Bewahrheitung, um den Erfüllungseid zuzulassen.

Die Klägerin hat den ihr obliegenden Beweis im Wesentlichen auf indirectem Wege zu führen gesucht, insofern unter

den vorliegenden Umständen und nach dem Inhalte auch der von den Beklagten in den vorliegenden Acten gemachten Angaben nur die Alternative anzunehmen sei, daß die Hingabe der fl. 400. entweder auf einem Darlehn oder auf einer Mitgiftshingabe beruhe, so daß der Nachweis, die fl. 400. seien den Beklagten nicht als Mitgift gezahlt, zum Zwecke der Führung des in Rede stehenden Beweises ausreichend sei. — — — — — — — —

Es bedurfte hier, wo, wie oben bemerkt worden, nur eine indirecte Beweisführung von Seiten der Klägerin vorliegt, für diese Letztere einen um Vieles höheren Grad der Bewahrheitung, um die Klägerin zum Erfüllungseide zuzulassen.

35. Eideszuschiebung im künstlichen Beweis. Bedingnisse.

Mußte in dem Hauptpuncte die vorliegende Sache zu Gunsten der Beklagten behandelt werden, so kam es auf die reviviscirenden eventuellen klägerischen Beschwerden voriger Instanz an. Dort hat die Klägerin verlangt, daß (eventuell) der Eid nicht auf den Inhalt des Beweisthemas selbst, sondern auf die replicando angegebenen speciellen Umstände gerichtet werde. Hierbei stand indessen der Klägerin zunächst schon die formelle Sachlage entgegen. Denn, wenngleich einer beweispflichtigen Parthei unter Umständen das Recht zusteht, künstlichen Beweis auch durch Eideszuschiebung zu führen, so müssen doch diejenigen Beweisindicien, in Betreff deren der Eid zugeschoben werden soll, sogleich bei der Beweisantretung speciell angegeben werden. Dies ist hier nicht geschehen. Erst bei der Submission auf die beklagtische Antretung des Einredebeweises hat die Klägerin erklärt, zur Verstärkung des Haupteides den Eid über die in Rede stehenden Umstände zuschieben zu wollen. Dies war, wie klar vorliegt, verspätet, auch kann der bei der ursprünglichen Eideszuschiebung von der Klägerin gemachte Vorbehalt „sachgemäßer Formirung des Eides“ nur auf eine lediglich dem Beweisthema entsprechende Normirung bezogen werden. Abgesehen aber von dem formellen Gesichtspuncte steht der Klägerin hier entgegen, daß es nicht gerechtfertigt erscheinen würde, die von der Klägerin beantragte Mehrheit von Eiden den Beklagten zur Abschwörung hier aufzulegen, wo durch einen ein=

fachen Eid über die Negative des Beweisthemas die Sache ihre volle Erledigung finden würde.

XIII.

K. geb. E. dahier, Klägerin
contra
ihren Ehemann K. dahier, Beklagten.

Das Ober-Appelationsgericht restituirte am 30. Mai 1859 den beklagtischen Sachführer gegen die versäumte Nothfrist.

XIV.

Heymann May dahier, Kläger
contra
Louis Maas dahier, Beklagten.

In der Klage wird behauptet, daß Kläger am 29. Sept. 1854 eine spanische $1\frac{1}{4}$ procentige Obligation von 2400 Piaster à $18\frac{1}{2}$ p. Ct. per ult. Oct. 1854 verkauft habe mit der Bedingung, daß er, Kläger, die fragliche Obligation zu demselben Course und gegen Vergütung der darauf haftenden Zinsen ult. Oct. zurückzukaufen berechtigt, wie verpflichtet sei. Dieser Vertrag sei ult. Oct. unter gleichen Bedingungen zwischen beiden Partheien immer von Monat zu Monat weiter, zuletzt per ult. März 1857 verlängert worden; Kläger habe nun schon früher im Jahre 1855, später am 25. März und zuletzt am 31. März 1857 den Beklagten zur Erfüllung der Rückkaufsbedingung aufgefordert. Beklagter gibt den Vertrag zu, leugnet aber dessen Verlängerung und die klägerische Interpellationen

zu dessen Erfüllung. Kläger schützt noch replicando einen Handelsbrauch vor, nach welchem er, um sich das Rückkaufsrecht zu wahren, auf Erfüllung gar nicht hätte anrufen müssen, vielmehr Beklagter ihn, den Kläger, zum Bezug hätte auffordern müssen, um seine Verpflichtung gegen diesen entledigt zu werden.

Das Stadtgericht erkannte am 2. Sept. 1857, daß Kläger zu beweisen habe:

entweder a. daß das in der Klage gedachte, zwischen beiden Theilen per ult. Oct. 1854 abgeschlossene Geschäft seinem ganzen Umfange nach unter ihnen von Monat zu Monat weiter und zuletzt per 31. März 1857 verlängert worden sei — und, daß er, Kläger, den Beklagten zur Erfüllung des Rückkaufs der fraglichen Obligation am 25. März 1857 habe auffordern lassen oder am 31. März 1857 persönlich an der Börse aufgefordert habe;

oder b. daß ein Handelsbrauch oder Börsenusance bestehe, daß Beklagter nur dann von der Verpflichtung, die fragliche Obligation auf den Grund des in der Klage erwähnten Rückkaufvertrags zu liefern, entbunden wäre, wenn Beklagter rechtzeitig vor dem anfänglichen Lieferungstermine oder vor dem erstreckten Termine den Kläger zum Bezuge aufgefordert hätte.

Auf beiderseitige Appellation verurtheilte das Appellationsgericht am 23. Novemb. 1857 den Beklagten zur Lieferung der fraglichen Obligation, während auf beklagtische Oberappellation unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 9. Juni 1859 das stadtgerichtliche Urtheil mit der Abänderung wieder herstellte, daß der Beweissatz sub. b. in Wegfall zu bringen, der Beweissatz sub. a. aber dahin zu fassen sei, entweder daß das in der Klage gedachte, zwischen beiden Theilen per ult. Oct. abgeschlossene Geschäft seinem ganzen Umfang nach unter ihnen von Monat zu Monat weiter und zuletzt per 31. März 1857 verlängert worden sei; oder, daß diese Verlängerung wenigstens bis Ende August oder Ende September 1855 erfolgt sei und Kläger vor diesem Zeitpuncte den Beklagten zur Rücklieferung der fraglichen Obligation aufgefordert habe.

36. Berufung gleichbedeutend mit Appellation.

Mit Unrecht bestreitet der Kläger die Wahrung der Formalien der vom Beklagten dahier eingeführten Appellation, weil es an der gehörigen Interposition fehle. Zwar hat der Beklagte in seiner zeitig eingereichten Interpositionsschrift sich nur des Ausdrucks bedient, er zeige gegen den Bescheid des Appellationsgerichts vom 23. Novbr. 1857 „weitere Berufung" an, ohne die Behörde zu bezeichnen, an welche er Berufung einlegen wolle. Als wesentlich ist jedoch dieser Mangel nicht anzusehen. Der Ausdruck „Berufung" ist im Allgemeinen gleichbedeutend mit „Appellation" und da von Erkenntnissen des Appellationsgerichts eine weitere Appellation nur an das Oberappellationsgericht ergriffen werden kann, so war eben dieses Rechtsmittel durch den gewählten Ausdruck genügend bezeichnet, während der Zweifel, ob darunter auch das Rechtsmittel der Revision hätte verstanden werden können, nicht weiter in Betracht kommt, nachdem der Beklagte sich für die Appellation entschieden und diese zeitig dahier eingeführt hat.

37. Prolongationsgeschäft. Keine Verpfändung, sondern Verkauf mit hinzugefügtem pactum de retrovendendo et retroemendo. Bedeutung des hinzugefügten Termins.

In der Sache selbst hängt die Entscheidung hauptsächlich von der rechtlichen Auffassung des unter den Partheien am 29. Septbr. 1854 abgeschlossenen Prolongationsgeschäftes ab. Nach der übereinstimmenden Angabe der Partheien bestand dasselbe darin, daß der Kläger dem Beklagten eine spanische 1 ¼ procentige Obligation von 2400 Piaster zu 18 ½ pCt. unter der Bedingung verkaufte, daß der Kläger dieselbe zu dem nämlichen Course ultimo October zurückzukaufen berechtigt, wie verpflichtet sei. — Hierin

I. eine bloße Verpfändung der Obligation zu finden, so daß der Kaufpreis der Sache nach ein Darlehn des Beklagten gewesen wäre, dazu ist man bei einem von den Contrahenten selbst als Kauf bezeichneten und allen Erfordernissen desselben entsprechenden

Geschäft bloß deßhalb, weil dabei ein Rückkauf vorbehalten wurde, in keiner Weise berechtigt.

vgl. Präj. Bd. IV. n°. 286 in fine.

Der Kläger hat auch diesen in der Replik erster Instanz geltend gemachten Gesichtspunct später selbst aufgegeben, indem er gegen das damit nicht vereinbare stadtgerichtliche Erkenntniß in grav. I. voriger Instanz sich lediglich darauf stützt, daß das fragliche Prolongationsgeschäft ein pactum de retroemendo et retrovendendo sei und daraus sich die sofortige Verurtheilung des Beklagten rechtfertige. — Ebensowenig liegt aber

II. in dem Geschäft ein bereits perfecter Rücklieferungsvertrag d. h. eine unbedingte Uebereinkunft über käufliche Zurückerwerbung der Obligation mit ultimo October 1854. Der Beklagte hat sich nicht verpflichtet, die Obligation ultimo October zurückzuliefern und der Kläger nicht, den Kaufpreis gleichen Betrags ultimo Oct. zu zahlen; sondern der Kläger ist nur für berechtigt erklärt worden, die Obligation zurückzukaufen, also zu verlangen, daß der Beklagte sie ihm wieder käuflich überlasse, und zugleich hat er sich verpflichtet, sie zurückzukaufen, also dem Beklagten sie auf dessen Verlangen käuflich wieder abzunehmen. Die Nebenberedung besteht also nur in der vorbereitenden Uebereinkunft über einen künftig abzuschließenden Rückkauf, während die Perfection des Rückkaufs selbst davon abhängig ist, daß der eine oder der andere Theil von dem ihm eingeräumten Vorbehalt Gebrauch mache und dadurch, den bis dahin blos bedingten Consens in den Rückkauf in einen unbedingten verwandle. Hiernach erscheint es

III. als das allein richtige, daß das Geschäft ein Verkauf mit hinzugefügtem pactum de retrovendendo et retroemendo sei eine Auffassung, die nicht nur im Allgemeinen für das Prolongationsgeschäft von

Bender Verkehr mit Staatspapieren ed. 2 p. 450.

aufgestellt wird, sondern womit auch im vorliegenden Falle beide Partheien übereinstimmen, wenn man von dem anfänglichen Versuch des Klägers, eine Verpfändung zu Grunde zu legen, absieht. Jeder Theil hat die Verpflichtung übernommen, sich einen Rückkauf zu dem ursprünglichen Preise gefallen zu lassen, sofern der andere

Theil einen solchen verlangen sollte; dieses Verlangen zu stellen und damit den Eintritt des Rückkaufs herbeizuführen, stand aber in völlig freiem Belieben jedes Contrahenten, und ohne den Eintritt der Bedingung konnte weder von einer Lieferungspflicht des Einen, noch von einer Zahlungspflicht des Anderen die Rede sein.

Hieraus folgt, daß bei Beantwortung der Frage, wie lange der Kläger befugt gewesen sei, von dem Vorbehalte des Rückkaufs Gebrauch zu machen, die Rechtsregeln von den Wirkungen der mora und von der Zulässigkeit einer purgatio morae — die allerdings für einen Zurücklieferungsvertrag dieselben sein würden, wie für einen Lieferungsvertrag — gar keine Anwendung finden können, weßhalb es denn dahingestellt bleiben kann, ob nicht von dem Gesichtspuncte eines Lieferungskaufes die Verabredung eines festen Lieferungstages (ult. Oct.) die Bedeutung einer Erlöschungsclausel stillschweigend involvirt hätte. Vielmehr handelt es sich lediglich darum, auf welche Zeit der gedachte Vorbehalt nach Inhalt des Vertrags und dessen richtiger Auslegung wirksam sein sollte.

1. Der Vertrag bestimmte einfach, der Kläger solle berechtigt, wie verpflichtet sein, die Obligation ult. Oct. zurückzukaufen. Da die Nennung dieses Tages eine Bedeutung haben mußte, so kann die Frage nur die sein, ob damit ein Endtermin oder ein Anfangstermin für die Ausübung der Befugniß zum Rückkauf bezweckt wurde. Auf die dritte durch die Worte zunächst angedeutete Möglichkeit, daß der Tag der Anfangs- und Endtermin zugleich sein sollte, kommt es hier nicht an, da kein Versuch gemacht worden ist, das Rückkaufsrecht vor ult. Oct. geltend zu machen.

2. Um zu ermitteln, ob ein Anfangs- oder Endtermin beabsichtigt worden sei, müssen die verschiedenen Wirkungen beider in's Auge gefaßt werden. Daß ein vorbehaltenes Wiederkaufsrecht mit dem Ablaufe des dafür festgesetzten Endtermins sofort erlösche und eine nachträgliche Ausübung desselben nicht stattfinde, folgt aus den Grundsätzen von Erfüllung der Bedingungen und ist im Allgemeinen nie bestritten worden, während die Ausnahme, welche Manche für den Fall machen, wenn es sich nur um eine ganz kurze und für den Käufer unschädliche Verzögerung handle oder wenn die Versäumniß durch besondere Verhinderungsursachen ent-

schuldigt werde, als für die vorliegende Sache unanwendbar unerörtert bleiben kann. Ebensowenig unterliegt es einem Zweifel, daß da, wo blos ein dies a quo festgesetzt wurde, die Ausübung des Wiederkaufsrechts mindestens während der ganzen Verjährungszeit stattfindet, wenn man nicht der Ansicht folgt, daß sie auch an diese Beschränkung nicht gebunden sei.

Vergl. Leyser meditt. sp. 191 med. 21—25.
Glück Commentar Bd. 16 p. 216 ss.
v. Savigny System Bd. 3. p. 304 ss.

3. Berücksichtigt man diese Wirkungen, so muß im vorliegenden Falle unbedenklich ein Endtermin als beabsichtigt angenommen werden. Dafür spricht schon die Fassung der Uebereinkunft. Der Kläger ist für berechtigt und verpflichtet erklärt worden, an einem bestimmten Tage zurückzukaufen, der Vorbehalt zu Gunsten des einen, wie des anderen Contrahenten ist also nur für diesen einen Tag gemacht, was, streng genommen, dahin führt, daß von dem Vorbehalte weder vor noch nach dem Tage Gebrauch gemacht werden durfte. Mag sich aber auch die Zulässigkeit einer anticipirten Erklärung, weil für kein Interesse des Mitcontrahenten irgend verletzend, vertheidigen lassen, so mußte es dagegen für jeden Theil von der größten Wichtigkeit sein, ob der Rückkauf nur bis zu dem festgesetzten Tage oder von demselben an auf unbestimmte Zeit verlangt werden dürfe, und würde daher, wenn letzteres beabsichtigt wäre, ohne Zweifel ein anderer Ausdruck gewählt worden sein.

Ferner kommt in Betracht, daß der ausbedungene Rückkauf eine Nebenberedung zu dem ursprünglichen Kaufgeschäft bildete und die dadurch übernommene Pflicht somit für jeden Contrahenten eine Modification der durch das Hauptgeschäft erlangten Rechte und Vortheile enthielt. In solchem Falle muß aber im Zweifel die geringere Beschränkung der Wirkungen des Hauptcontractes, die geringere Belästigung des Promittenten als beabsichtigt vorausgesetzt werden.

Hauptsächlich entscheidend ist aber endlich die innere Unwahrscheinlichkeit, daß die Contrahenten sich für immer oder doch für die Dauer der Verjährungszeit der Möglichkeit ausgesetzt haben

Von vorstehender Sammlung sind erschienen:

Bd. I—IV enth. die Entscheidungen von 1845—1858.

Bd. V. Heft 1. Entscheidungen vom 1. Januar 1859 bis Juni 1859.

Bd. VI. Heft 1. Entscheidungen vom Jahr 1821, 1822 und vom Januar und Februar 1823.

Obwohl die Herbeischaffung der älteren Acten einen größeren Kostenaufwand verursacht, so hat die Verlagshandlung, um die Anschaffung der Sammlung zu erleichtern, den Preis per Heft von 10 Druckbogen doch nur auf fl. 1. 36 festgesetzt.

Frankfurt a. M., Juni 1863.

F. Boselli'sche Buchhandlung.
(W. Rommel.)
